

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Por que voltar a Kelsen, o jurista do século XX ?

Why study Kelsen, a legal writer from the XX century?

Inocência Mártires Coelho

Sumário

CRÔNICAS DA ATUALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL	2
Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima, Carina Costa de Oliveira e Erika Braga	
CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS	12
Nitish Monebhurrun	
POR QUE VOLTAR A Kelsen, O JURISTA DO SÉCULO XX ?	16
Inocêncio Mártires Coelho	
O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE COMO CONTEÚDO DA NORMA FUNDAMENTAL (GRUNDNORM) DE Kelsen	45
Carlos Alberto Simões de Tomaz e Renata Mantovani de Lima	
A JURIDIFICAÇÃO DE CONFLITOS POLÍTICOS NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO CONTEMPORÂNEO: UMA LEITURA POLÍTICA DA PAZ PELO DIREITO DE HANS Kelsen A PARTIR DO PENSAMENTO POLÍTICO DE CLAUDE Lefort	57
Arthur Roberto Capella Giannattasio	
O SINCRETISMO TEÓRICO NA APROPRIAÇÃO DAS TEORIAS MONISTA E DUALISTA E SUA QUESTIONÁVEL UTILIDADE COMO CRITÉRIO PARA A CLASSIFICAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE INCORPORAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS.....	78
Breno Baía Magalhães	
DIREITO GLOBAL EM PEDAÇOS: FRAGMENTAÇÃO, REGIMES E PLURALISMO.....	98
Salem Hikmat Nasser	
POR UMA TEORIA JURÍDICA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: A INTER-RELAÇÃO DIREITO INTERNO, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO DA INTEGRAÇÃO	139
Jamil Bergamaschine Mata Diz e Augusto Jaeger Júnior	
A TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE COM BASE NA AMÉRICA LATINA.....	160
Daniela Menengoti Ribeiro e Malu Romancini	

O DIÁLOGO HERMENÊUTICO E A PERGUNTA ADEQUADA À APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: CAMINHOS PARA O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	176
Rafael Fonseca Ferreira e Celine Barreto Anadon	
O DIREITO COMPARADO NO STF: INTERNACIONALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	194
Carlos Bastide Horbach	
THE PHILOSOPHY OF INTERNATIONAL LAW IN CONTEMPORARY SCHOLARSHIP: OVERCOMING NEGLIGENCE THROUGH THE GLOBAL EXPANSION OF HUMAN RIGHTS	212
Fabrício Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos e Vinícius Machado Calixto	
OPORTUNIDADES E DESAFIOS DAS TWAIL NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO A PARTIR DE PERSPECTIVAS DOS POVOS INDÍGENAS AO DIREITO INTERNACIONAL.....	227
Fernanda Cristina de Oliveira Franco	
POR QUE UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO? DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO MÉTODO NO BRASIL.....	246
Gustavo Ferreira Ribeiro e Jose Guilherme Moreno Caiado	
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL.....	263
Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter	
RACIONALIDADE ECONÔMICA E OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO.....	284
Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter	
LOOKING FOR A BRICS PERSPECTIVE ON INTERNATIONAL LAW	304
Gabriel Webber Ziero	
A INFLUÊNCIA DO DIREITO DESPORTIVO TRANSNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DA REPRODUÇÃO DE NORMAS À APLICAÇÃO DIRETA PELA JURISDIÇÃO ESTATAL.....	324
Tiago Silveira de Faria	
CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A APLICAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS	342
Alexander Perazo Nunes de Carvalho	

NATIONAL JUDGES AND COURTS AS INSTITUTIONS FOR GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE	356
Juízes e tribunais nacionais como instituições para a governança global.....	356
Camilla Capucio	
IS TRADE GOVERNANCE CHANGING?	371
Alberto do Amaral Júnior	
OS FUNDOS ABUTRES: MEROS PARTICIPANTES DO CENÁRIO INTERNACIONAL OU SUJEITOS PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL?	384
Guilherme Berger Schmitt	
SHAREHOLDER AGREEMENTS IN PUBLICLY TRADED COMPANIES: A COMPARISON BETWEEN THE U.S. AND BRAZIL	402
Helena Masullo	
REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NO BRASIL: DA RESISTÊNCIA AOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO À EMERGÊNCIA DE UM NOVO MODELO REGULATÓRIO	421
Fabio Morosini e Ely Caetano Xavier Júnior	
DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS DISTINTAS FORMAS DE PRESTAÇÃO TECNOLÓGICA: BREVE ANÁLISE DO MARCO REGULATÓRIO INTERNACIONAL	449
Daniel Amin Ferraz	
REDEFINING TERRORISM: THE DANGER OF MISUNDERSTANDING THE MODERN WORLD’S GRAVEST THREAT	464
Jennifer Breedon	
AS EXECUÇÕES SELETIVAS E A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES TERRORISTAS	485
Alexandre Guerreiro	
INTERNATIONAL CRIMINALS AND THEIR VIRTUAL CURRENCIES: THE NEED FOR AN INTERNATIONAL EFFORT IN REGULATING VIRTUAL CURRENCIES AND COMBATING CYBER CRIME	512
Joy Marie Virga	
CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL ORGANIZADA EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR: ¿HACIA UN DERECHO PENAL REGIONAL?	528
Nicolás Santiago Cordini e Mariano Javier Hoet	

RUMO À INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE: DOS ECOCRIMES AO ECOCÍDIO 541

Kathia Martin-Chenut, Laurent Neyret e Camila Perruso

ENGAGING THE U.N. GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS & THE EXTRACTIVE SECTOR 571

Cindy S. Woods

O DIREITO HUMANO À COMUNICAÇÃO PRÉVIA E PORMENORIZADA DAS ACUSAÇÕES NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: O DESPREZO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....590

Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL EM FACE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM SEDE DE DIREITOS HUMANOS: CONFLITO DE INTERPRETAÇÃO ENTRE A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO A LEI DE ANISTIA 612

Carla Ribeiro Volpini Silva e Bruno Wanderley Junior

A CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO DE LIVRE RESIDÊNCIA NO MERCOSUL SOB A PERSPECTIVA TELEOLÓGICA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: ASPECTOS NORMATIVOS E SOCIAIS DOS ACORDOS DE RESIDÊNCIA 631

Aline Beltrame de Moura

A FUNCIONALIZAÇÃO COMO TENDÊNCIA EVOLUTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL E SUA CONTRIBUIÇÃO AO REGIME LEGAL DO BANCO DE DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DE PERFIL GENÉTICO NO BRASIL 650

Antonio Henrique Graciano Suxberger

O DIREITO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI EM MOÇAMBIQUE 667

Bernardo Fernando Sicoche

OBTENÇÃO DE PROVAS NO EXTERIOR: PARA ALÉM DA LEX FORI E LEX DILIGENTIAE.....685

André De Carvalho Ramos

A SLIGHT REVENGE AND A GROWING HOPE FOR MAURITIUS AND THE CHAGOSSIANS: THE UNCLOS ARBITRAL TRIBUNAL'S AWARD OF 18 MARCH 2015 ON CHAGOS MARINE PROTECTED AREA (MAURITIUS V. UNITED KINGDOM).....705

Géraldine Giraudeau

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA UCRÂNIA POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA QUEDA DO VOO DA MALAYSIA AIRLINES (MH17).....728

Daniela Copetti Cravo

NATUREZA JURÍDICA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO INTERNACIONAL739

Pedro Ivo Diniz

A INFLUÊNCIA DA SOFT LAW NA FORMAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL.....767

Leonardo da Rocha de Souza e Margareth Anne Leister

AS COMPLICADAS INTER-RELAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS INTERNOS E INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO785

José Adércio Leite Sampaio e Beatriz Souza Costa

NORMAS EDITORIAIS.....803

Por que voltar a Kelsen, o jurista do século XX ?*

Why study Kelsen, a legal writer from the XX century?

Inocência Mártires Coelho**

RESUMO

A teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, é uma teoria do direito positivo; é teoria geral do direito, não uma exposição ou interpretação de uma ordem jurídica particular. Da comparação de todos os fenômenos jurídicos ela busca descobrir a natureza do direito mesmo e determinar sua estrutura e suas formas típicas, independentemente do conteúdo variável que o direito apresenta nas diferentes épocas e nos distintos povos. Assim essa teoria obtém os princípios fundamentais com os quais podemos compreender qualquer ordem jurídica. Avesa a considerações de natureza ética, moral, política, econômica religiosa, etc., ela admite que qualquer conteúdo possa vir a ser direito, desde que uma norma jurídica válida faça desse conteúdo objeto de sua regulação.

Palavras-chave: Natureza. Sociedade. Ser e dever ser. Pureza metodológica. Norma jurídica. Norma fundamental. Jurisprudência normativa. Jurisprudência sociológica. Direito Natural. Direito Positivo. Pirâmide normativa. Fundamentação. Derivação. Interpretação.

ABSTRACT

The Pure Theory of Law by Hans Kelsen is a theory of positive law; it is general theory of law , not an exhibition or interpretation of a specific lgeal order. It seeks to discover the nature of that law, by comparing different legal phenomena, and determine its structure and its typical forms , regardless of the variable content that Law at different times and in different people. So this theory succeed to identify the fundamental principles with which we can understand any legal order. Averse to ethical, moral, political, religious, economic considerations, it admits that any content might be law, as long as a valid legal rule make that object content of its regulation

Keywords: Nature. Society. Be and must be. Methodological purity. Rule of law. Fundamental norm. Normative jurisprudence. Sociological jurisprudence. Natural Law. Positive Law. Normative pyramid. Rationale Interpretation.

* Recebido em 11/02/2016
Aprovado em 11/02/2016

** Possui doutorado, obtido com distinção, na Universidade de Brasília. Atualmente, integra, em caráter permanente, o corpo docente do programa de pós-graduação - mestrado e doutorado - do UniCEUB. E-mail: inocencia-coelho@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Somente curvando-nos à sentença de Ortega y Gasset, de que o homem não é um desencarnado, antes um ser situado e datado, um misto de *eu* e *circunstância*, estaremos em condição de apreender, com um mínimo de segurança e objetividade, os aspectos fundamentais da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, como expressão do pensamento de um homem concreto, manifestado em um tempo concreto e diante de um mundo igualmente concreto. Enfim, a obra de um ser histórico, de um *ser-no-mundo*.

Partindo dessa perspectiva da moderna filosofia da existência, que rejeita verdades desligadas das suas coordenadas de tempo e de espaço, intentaremos explicar/compreender a pureza metodológica que singulariza a obra de Kelsen como “o jurista do século XX”, assim considerado tanto pelos seus críticos quanto por seus admiradores.¹

Sob essa compreensão, nos parece correta a observação de Machado Neto, de que “o pensamento não é uma pura e desinteressada interpretação da realidade, senão que, em certa medida, ele é uma expressão do eu, não somente provinda do trato com as circunstâncias, senão que também circunstancializada, e, por esse modo, igualmente convertida em realidade”.²

Idêntico entendimento encontramos em Legaz y Lacambra, o qual, situando a Teoria Pura do Direito no seu tempo, assevera que ela é produto de uma época desiludida, de um tempo que acredita na democracia como veículo de essências, mas a esta se aferra como método de convivência; de uma época relativista — prossegue esse mestre espanhol — e, sobretudo, de uma época de profunda desagregação espiritual, onde se impõe a fé em a norma formal como o único patrimônio comum que possibilita a existência do Estado.³

As razões históricas e sociais, que potencializaram o formalismo dessa teoria — aspecto a que se aferram todos os seus críticos, em sua maioria leitores aligeirados —, esses “motivos” estão vinculados ao momento mesmo de sua formulação, como anotaremos a seguir.

Produto de um mundo em crise, de um “mundo quebrado”, na expressão agônica de Gabriel Marcel, mundo em que coexistiam as mais contrapostas e paradoxais concepções acerca do justo e do injusto, a teoria jurídica de Hans Kelsen teve o mérito de responder ao desafio de seu tempo, situando-se numa posição de tamanha neutralidade axiológica, que pôde “explicar” e “compreender” a existência de todas essas concepções em choque, sendo ao mesmo tempo uma teoria jurídica tanto para a democracia, quanto para o nazi-fascismo e o comunismo, embora nem de longe assumisse esse propósito. Ironicamente, aliás, o próprio Kelsen encarregou-se de “usar” os seus críticos para defender a pureza e o não engajamento político da sua teoria.

Como se mantém completamente alheia a toda a política — anota Kelsen, referindo-se aos seus críticos —, a Teoria Pura do Direito afasta-se da vida real e, por isso, fica sem qualquer valor científico. É esta uma das objeções mais frequentemente levantadas contra ela. Porém, houve-se também com não menos frequência: a Teoria Pura do Direito não tem de forma alguma possibilidade de dar satisfação ao seu postulado metodológico fundamental e é mesmo tão-só expressão de uma determinada atitude política. Mas qual das afirmações — indaga-se o próprio Kelsen — é verdadeira? Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito — asseguram muitos — aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros creem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateuista. Em suma — conclui o Chefe da Escola de Viena —, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito se não tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza.⁴

2. HANS KELSEN, O HOMEM E A OBRA

Pondo de lado a instigante e controvertida ideia de que é possível compreender um autor melhor do que ele compreendeu a si mesmo e, inclusive, “completar” a sua obra — ideia que, de resto, possui tanto críticos quanto

1 AFTALIÓN, Enrique R. *Apresentação*. In: KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 7-11.

2 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1963. p. 72.

3 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Horizontes del pensamiento jurídico*. Barcelona: Bosch, 1947. p. 459-460.

4 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962 v. 1. p. ix-x.

defensores ilustres⁵ –, deixemos que o próprio Kelsen nos apresente a sua Teoria Pura do Direito.

A teoria pura do Direito é uma teoria do direito positivo; é teoria geral do direito, não uma exposição ou interpretação de uma ordem jurídica particular. Da comparação de todos os fenômenos que chamamos Direito busca descobrir a natureza do Direito mesmo. Determinar sua estrutura e suas formas típicas, independentemente do conteúdo variável que apresenta nas diferentes épocas e nos distintos povos. Assim ela obtém os princípios fundamentais com os quais podemos compreender qualquer ordem jurídica. Como teoria, seu único propósito é o conhecimento do seu objeto. Ela responde o que é o direito, não o que ele deveria ser. Este último pertence à Política, enquanto que a teoria pura do direito é ciência. Chama-se “pura” porque busca excluir do conhecimento do direito positivo todos aqueles elementos que lhe são estranhos aqui ou acolá. Os limites deste objeto e seu conhecimento devem ficar claramente fixados em dois sentidos: a ciência particular do direito, a disciplina comumente chamada jurisprudência, deve ser distinguida da filosofia da justiça, por um lado, e da sociologia, ou conhecimento da realidade, por outro.⁶

Na perspectiva da sociologia do conhecimento, não se pode olvidar o que disse Josef Kunz sobre o caráter “vienense” da Teoria Pura do Direito e do Estado, uma abordagem crítica que, integrando as posturas *explicativa* e *compreensiva*, adensa e, ao mesmo tempo, refina a *interpretação* da obra de Kelsen, conforme o lema gnosiológico de Paul Ricoeur – “explicar mais para compreender melhor”.⁷

Dessas reflexões de Josef Kunz – que foi aluno de Kelsen, em Viena –, destacamos, à guisa de ilustração, as passagens a seguir, cuja transcrição, um tanto longa, justifica-se pela sua importância para esta linha de raciocínio.

Para compreender completa e profundamente qualquer coisa, é sempre necessário conhecer sua história; conhecer, ademais, o desenvolvimento,

a evolução, a situação histórica na qual esteve o autor, e também alguns conhecimentos de sua vida privada, as influências que se exerceram sobre ele, e a formação do seu espírito. Toda grande obra, portanto, constitui uma combinação, contém uma fusão de dois elementos: um, proveniente do gênio pessoal, o outro, resultado das condições históricas. [...]Para compreender a Teoria Pura do Direito, é necessário ter em conta que o seu autor é austríaco. Não somente austríaco de nascimento, mas também política, histórica e culturalmente. [...]Sua doutrina originou-se na Universidade de Viena e é conhecida no mundo inteiro com o nome de “Escola Vienense”.[...] Mais ainda: seu temperamento e sua visão do mundo são de cepa austríaca e vienense. Nós, os vienenses de nascimento, somos católicos no sentido da palavra grega, quer dizer, universalistas. A velha e grande Áustria foi, em uma esfera bem menor, quase uma Pan-Europa, quase uma Sociedade das Nações. Somos universalistas, somos tolerantes, antifanáticos. Amamos a paz. Nossa situação geográfica radica-se no verdadeiro centro da Europa, no coração do velho continente. Somos democratas, somos liberais, somos individualistas. Os austríacos da velha Áustria e os da pequena República de hoje são quase o único povo europeu que não é em absoluto nacionalista. Somos europeus. A vida cultural é para nós uma necessidade quase mais imperiosa do que nos alimentarmos. Somos os filhos de uma grande e velha cultura.[...]De caráter vienense são a amabilidade e o encanto pessoal de Kelsen; vienense no sentido democrático, liberal, tolerante, antifanático, universalista, relativista. Vienense é o seu entusiasmo pela literatura, o teatro, a música, as viagens, a natureza.⁸

Falando desse *terroir* austríaco de sua obra, o próprio Kelsen explica que em razão de a antiga monarquia austro-húngara estar composta por dez nações, completamente diferentes quanto à raça, língua, religião e história, era impossível fundar uma unidade sobre qualquer substrato histórico, nem social, nem biológico; que, por isso, a unidade da antiga Áustria consistia de fato no exército, nos funcionários públicos, no Direito comum vigente para todos esses grupos tão diferentes; que, por tudo isso, provavelmente terá sido essa realidade da velha Áustria que lhe sugeriu a tese da identidade entre o Estado e o Direito; e que, finalmente, como essa tese é parte integrante da Teoria Pura do Direito, pode-se dizer em verdade que esta teoria é uma doutrina especificamente austríaca.⁹ (grifos nossos).

Tendo presente essa “revelação” do próprio Kelsen de que a Teoria Pura do Direito é de nacionalidade aus-

5 GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, 1998. p. 64-65; GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Madrid: Trotta, 2004. p. 13; BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 172.

6 KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho y la jurisprudência analítica. In: _____. *La idea del derecho natural y otros Ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 202-234.

7 RICOEUR, Paul. Explicar e compreender. In: _____. *Do texto à ação: ensaios de hermenêutica*. Porto: Rés, [198?], p. 163-183; RICOEUR, Paul. Interpretação e/ou argumentação. In: _____. *O Justo: ou a essência da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2008. v. 1. p. 153-173. p. 172.

8 KUNZ, Josef L. *La teoría pura del derecho*. México: Universitaria, 1948. p. 9-13.

9 KUNZ, Josef L. *La teoría pura del derecho*. México: Universitaria, 1948. p. 33.

tríaca, parece-nos útil – em reforço ao que ele diz – enfocar sua obra à luz da regra hermenêutica segundo a qual *compreendemos a parte desde o todo e este desde a parte*, um cânone interpretativo procedente da antiga retórica e que a hermenêutica moderna transladou da arte de falar para a arte de compreender, com o rótulo de *círculo hermenêutico*, que alguns estudiosos propõem seja substituído pelas figuras da *espiral*, da *hélice* e, mesmo, da *hélice cônica*, que eles consideram mais condizentes com a abertura e a infinitude do movimento da compreensão.¹⁰

Esse enfoque se nos mostra adequado porque nesse constante balançar de olhos – mutuamente esclarecedor –, entre o todo e as suas partes, diversas são as acepções do que seja o *todo* e do que sejam as *partes*, como se verifica, por exemplo, na relação autor/obra, em que do livro, compreendido até certo ponto, recolhe-se uma imagem parcial do seu autor, a qual nos leva a compreender melhor o texto, que, por sua vez, nos conduz a melhorar o perfil do autor, e assim sucessivamente.¹¹

Para mostrar a extensão e a aplicabilidade desse cânone interpretativo, ninguém melhor do que Friedrich Schleiermacher (1768-1834), cuja obra é considerada a pedra fundamental da construção do *paradigma hermenêutico*.¹²

Assim como a palavra está para a frase, e a frase particular para a sua articulação mais próxima, e esta para a obra mesma, como um elemento em relação a um conjunto e uma parte do todo, assim, por sua vez, cada discurso e cada obra escrita é um particular que apenas pode ser compreendido completamente a partir de um todo ainda maior. Ora, é fácil ver que toda obra é um particular sob um duplo ponto de vista. Cada obra é um particular no domínio da literatura ao qual pertence, e forma com outras obras de mesmo conteúdo um todo a partir do qual ela deve ser compreendida, sob uma referência, a saber, linguística. *Mas cada obra é também um particular enquanto ato de seu autor e forma, com as suas outras ações, o todo de sua vida; e, portanto, deve ser compreendida a partir da totalidade de suas ações, naturalmente segundo a medida de sua influência sobre ela e sua semelhança com ela, sob outra referência, isto é, a pessoal.*¹³ (grifo nossos).

10 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1. p. 436-437. Sobre essas distintas figuras geométricas, ver, por todos, MARROU, Henri I. *Do conhecimento histórico*. Lisboa: Aster, [1978?], p. 16; 79; 81; 225.

11 SCHÖKEL, Luis Alonso; BRAVO, José María. *Apuntes de hermenêutica*. Madrid: Trotta, 1994. p. 41.

12 LAKS, André; NESCHKE, Ada (Ed.). *La naissance du paradigme herménéutique*. Lille: Universitaires de Lille, 1990. p. 7-10.

13 SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Herménéutique*.

Assim vistas as coisas, isto é, levando-se em conta a *biografia*, a *formação*, *cada uma* e o *conjunto* das obras de Kelsen¹⁴, mostra-se infundada a crítica de Machado Neto, ao dizer que, sociologicamente, a Teoria Pura do Direito poderia ser interpretada como retrato de um mundo burguês em decadência e comprometido com as expressões políticas dos partidos liberais.¹⁵ Em contraposição a esse entendimento, o perspicaz Norberto Bobbio adverte que obras como a de Kelsen não se podem valorar com pautas axiológicas voláteis e acanhadas.

Antes de mais nada —adverte o saudoso mestre de Turim — o valor da obra de um jurista da natureza de Hans Kelsen, de estatura imponente, agrade isso ou não, não se mede com o metro das correntes de opinião que se fazem e desfazem com a mudança dos eventos e das ideologias que os movem, e menos ainda com o metro dos humores e das ‘impressões’ pessoais. Além disso, para dissipar suspeitas, eliminar incompreensões preconceituosas, estabelecer escalas de valores subvertidas e contrapor o que está vivo àquilo que está morto, nada vale mais que uma honesta e franca releitura da obra contestada.¹⁶

Por isso, no contexto em que se formulou, pode-se dizer que a teoria de Hans Kelsen representou a resposta jurídico-política possível e temporalmente adequada para um momento histórico singularmente dramático, como o foram, por exemplo, nos tempos da chamada “guerra fria”, os acordos sobre os arsenais atômicos, celebrados entre os Estados Unidos e a então União Soviética, pactos que não podemos (des)qualificar, aligeiradamente, como espúrias transações ideológicas entre o capitalismo e o comunismo. De resto, nesse terreno, parece que a história não se repete – nem como tragédia, nem como farsa –, antes tem prosseguimento e continuidade, como evidenciam os acertos que, nos primeiros dias de janeiro de 2016, começaram a ser implementados entre as maiores potências nucleares e o governo do Irã, na expectativa de se impedir, por essa via diplomática, que o desenvolvimento do programa atômico desse país venha a descambar na produção de

Lille: Presses Universitaires, 1989. p. 178-179; e SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst: *Hermenêutica*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 53.

14 *Formação*, neste sentido, é um “manter-se aberto para o diferente, para outros pontos de vista mais universais”. H GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1. p. 46.

15 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1974. p. 43.

16 BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: UNESP, 2008. p. 22-23.

artefatos bélicos, o que colocaria em risco a comunidade internacional. Afinal, não se deve esquecer que as guerras começam quando a palavra perdeu sua batalha.

Se, por esse lado, grande é o mérito da obra de Kelsen, não menos digno de louvor é o reconhecimento de sua teoria como a mais exitosa empreitada para conferir dignidade científica ao saber jurídico, numa época em que, encantados com a objetividade e os êxitos das ciências causal-explicativas, os positivistas — jurídicos ou não — dos mais distintos matizes negaram, peremptoriamente, a existência de uma verdadeira *ciência* do direito, postura jocosamente manifestada na célebre frase de Julius von Kirchmann, ao dizer que “três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras virariam papéis inúteis”.¹⁷

Sabedor de que a Jurisprudência não era nenhuma ciência natural fundada na indução experimental, e mergulhado num mundo em que “a vigência intelectual predominante identificava a ciência experimental como único saber válido ou pouco menos que isto”¹⁸, o jurista prekelseniano deixou-se abater por um complexo de inferioridade teórica, que só começou a ser superado após a intervenção metodologicamente esclarecedora do mestre de Viena.¹⁹ É o que se lê, a seguir, em João Baptista Machado, tradutor de inúmeras obras e conhecedor profundo do pensamento do mestre de Viena.

Pode-se dizer que o colossal esforço de Kelsen trouxe ao pensamento jurídico uma clarificação tal que é possível hoje determinar com rigorosa precisão até onde pode ir a consideração lógico-objetivante e quais os pontos de vista e os juízos que esta perspectiva já não acolhe nem pode justificar.

Kelsen empreendeu superar o velho complexo de inferioridade da ciência jurídica, fundar o seu caráter científico, determinando-lhe um objeto: as normas jurídicas e as conexões de validade” entre elas, e fixando-lhe um método específico: o método normológico, que se caracteriza por fazer abstração do substrato sociológico do Direito — dos conceitos ético-jurídicos ou político-econômicos e dos fins dos preceitos jurídicos —, limitando a incidência da visualização àquelas conexões “de validade” e

17 VON KIRCHMANN, Julius Hermann. El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho. In: _____. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 247-286. p. 268.

18 Sobre o conceito sociológico de “vigência”, ver MORÓN AROYO, Ciriaco. Creencia y vigência In: _____. *El sistema de Ortega y Gasset*. Madrid: Romania, 1968. p. 275-279.

19 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1974. p. 27; MACHADO NETO, Antônio Luís. *O problema da ciência do direito*. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p. 9-18.

às relações lógicas entre conceitos fundamentais de natureza formal.²⁰

Com esse mesmo reconhecimento, outro jurista de igual porte, Enrique Aftalión, diz que “se Kelsen é credor de um lugar excepcional na história das ideias jurídicas, isso se deve ao fato de ter ministrado aos cientistas do Direito o *órganon* sem o qual não lhes seria possível expulsar as ideologias e pensar neutralmente o seu objeto”, e que “essa abordagem é a *lógica jurídica* — a lógica do *dever ser* — cuja descoberta e formulação é o título magno que pode exibir o mestre vienense.²¹ Idêntica exaltação do legado de Kelsen encontramos na *Introdução* de Mario Losano à edição italiana de *O problema da justiça*, revelando esse jusfilósofo que, na sua vida de humanista, as obras do grande jurista de Praga acompanharam-no constantemente, estimulando-o sempre, mesmo que muitas vezes por divergência, o que de resto lhe parece inevitável na sucessão das gerações. Mais ainda, prossegue esse mestre italiano, é de se ter presente, a sobrevalorizar a obra Kelsen, que mesmo tendo ele enfrentado mais de meio século de polêmicas, exílios múltiplos e duas guerras mundiais, acabou por ver que a sua doutrina conquistou, na ciência do direito, uma posição bem definida e, em certa medida, definitiva.²²

Por isso, pode-se dizer que Hans Kelsen incutiu autoconfiança e dignidade científico-epistemológica no saber dos juristas, sem equipará-lo a nenhuma mecânica, uma física ou uma biologia, levar essa ordem de conhecimentos a qualquer tipo de sociologismo e, tampouco, acriticamente, apoiar-se na afirmação rotunda e sonora da sua cientificidade — que a sociedade ingenuamente acata —, como forma de fugir a uma investigação séria, que ele supõe, por outro lado, desilusória, já que, participando, via de regra, do preconceito positivista, encarna na ciência natural o único modelo possível de ciência”.²³ Sob esse aspecto, Kelsen rejeitou o *cientificismo*, que, de tão exitoso no desencantamento da natureza, acabou virando pesadelo para os estudiosos das Humanidades, os quais, não podendo comprovar seu conhecimento com experimen-

20 MACHADO, João B. Nota Preliminar. In: KELSEN, Hans. *A Justiça e o direito natural*. Coimbra: A. Amado, 1963. p. 5-11. p. 7, 10-11.

21 AFTALIÓN, Enrique R. *Apresentação*. In: KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 7-11. p. 9.

22 LOSANO Mario G. *Introdução*. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2011. p. 20-38. p. 37-38.

23 MACHADO NETO, Antônio Luís. *O problema da ciência do direito*. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p. 13.

tos em laboratórios, acabaram sendo relegados ou relegando-se a si mesmos à condição subalterna de cientistas “inexatos” ou de segunda categoria. Isso porque, assinala Gadamer, a autorreflexão lógica das ciências do espírito, que acompanha o seu efetivo desenvolvimento no século XIX, é inteiramente dominada pelo modelo das ciências da natureza, o que nos sugere um simples olhar sobre a história da expressão “ciência do espírito”, cujo significado só é familiar através da sua forma no plural.²⁴

Nesse contexto, ainda epistemologicamente nebuloso para as ciências do espírito, cresce a importância da Teoria Pura do Direito, na medida em que o seu formulador, seguro da cientificidade do conhecimento jurídico, operou uma verdadeira revolução copernicana nesse domínio cognitivo, como ressaltam, entre outros, o já citado Enrique Aftalión, Fernando García Olano e José Vilanova, na passagem a seguir.

Sua obra – afirmam esses renomados professores platinos – ocupa um lugar único no pensamento jurídico contemporâneo e pode-se dizer, sem lugar a dúvidas, que foi uma abordagem decisiva para a Teoria Geral do Direito, quer dizer, para o propósito de desentranhar os conceitos fundamentais, que se encontram necessariamente em qualquer ordenamento jurídico e em sua própria estrutura.²⁵

Não se veja nessas palavras nenhum elogio gratuito à figura de Hans Kelsen, antes pelo contrário. Juristas e filósofos do Direito da maior expressão, esses pensadores argentinos apenas externam o seu reconhecimento àquele que lançou as bases teóricas para a colocação autônoma do problema epistemológico do direito, numa palavra, a quem certificou a cientificidade dessa ordem de investigação, libertando os juristas daquele abatimento gnosiológico, que os acometeu e aos outros cientistas sociais, até se aperceberem do real estatuto epistemológico do seu campo de conhecimento, onde o *explicar* respeita o *compreender*, e as ciências da natureza não “discriminam” as suas irmãs, espirituais.²⁶ Afinal — como adverte Bachelard —, apesar de existirem *vários* métodos científicos, há *um só* espírito científico e um só tipo de

visão propriamente científica.²⁷

A essa luz, vale relembra, por exemplo, o que nos diz Larenz sobre a especificidade epistemológica da hermenêutica jurídica, em lição aplicável, *mutatis mutandis*, às Humanidades em geral.

É ociosa, porque mal colocada, a questão de se a interpretação jurisprudencial é “ciência” ou “arte”. Se se põe como base o conceito “cientificista” de ciência, não pode ser ciência. O seu procedimento não é o de um pensamento linear que avança só numa direção, mas o de um esclarecimento recíproco, e a confirmação ou rejeição, que dele decorre, de cada conjectura de sentido. Tal procedimento requer permanentemente a mobilização das forças criadoras do espírito. No que se assemelha ao do artista. No entanto, não se trata de modelação ou configuração, mas de enunciados adequados sobre o conteúdo e o alcance das normas. Tais enunciados estão, como qualquer enunciado, submetidos à exigência de “correção”. O nem sempre serem capazes de satisfazer esta pretensão não modifica nada a esse respeito. “Correção” não significa aqui uma verdade intemporal, mas correção para esta ordem jurídica e para este momento. Enquanto atividade conduzida metodicamente, que está dirigida a obter resultados “corretos”, ou seja, adequados, a interpretação só é atividade científica se nos libertarmos da estreiteza do conceito cientificista de ciência.²⁸

Para superar essa falsa questão epistemológica, bastará que se atente para o “esclarecimento” do mesmo Gadamer, a nos dizer que o verdadeiro problema que as ciências do espírito colocam para o pensamento é que não se consegue compreender corretamente a sua natureza se as medirmos com o padrão de conhecimento progressivo da legalidade; que a experiência do mundo social-histórico não se eleva a uma ciência com o processo indutivo das ciências naturais; que, seja o for que aqui venha a significar *ciência*, e mesmo que em todo conhecimento histórico esteja incluído o emprego da experiência genérica no respectivo objeto de pesquisa, o conhecimento histórico não aspira, no entanto, a abranger o fenômeno concreto como caso de uma regra geral; que o caso individual não serve simplesmente para confirmar uma legalidade, a partir da qual seja possível, numa reversão prática, fazer previsões; que, para além disso, o seu ideal é compreender o próprio fenômeno na sua concreção singular e histórica; que, enfim, nesse particular, pode influir ainda quanta experiência genérica se quiser, pois o objetivo não é confirmar nem am-

24 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1 p. 31; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1. p. 39.

25 AFTALIÓN, Enrique R; GARCÍA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: El Ateneo, 1960. p. 847.

26 DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias de espíritu*. Madrid: Revista de Occidente, 1956; CASSIRER, Ernst. *Las ciencias de la cultura*. México: Fondo de Cultura Económica, 1982.

27 BACHELARD, Gaston. *A Epistemologia*. Lisboa: Edições 70, 1984. p. 139.

28 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 443-444.

pliar essas experiências, para se chegar ao conhecimento de uma lei do tipo “como se desenvolvem os homens, os povos, os estados”, mas sim compreender “como é tal homem, tal povo, tal Estado, o que se fez dele” ou, formulado genericamente, “como isso *pode ter* ocorrido dessa forma”.²⁹

Em suma, pela complexidade do evento cognitivo, nem *explicar* tão-somente e, tampouco, apenas *compreender*, antes – manejando em conjunto ambos os métodos, numa dialética fina –, *explicar mais para compreender melhor*.³⁰

Voltando a Kelsen, independentemente do juízo que se faça sobre o homem e a sua obra, trata-se de um pensador de tamanho relevo que, em face das suas ideias, não há lugar para atitudes dúbias; ou bem as aprovamos ou bem as rejeitamos – sempre *críticamente*, é claro –, pois apenas ignorá-las revela pobreza de espírito e auto-privação do conhecimento de uma das mais expressivas contribuições para o avanço do pensamento jurídico e das ideias políticas no século XX, centúria da qual ele foi considerado o *jurista por antonomásia* – insista-se – tanto pelos seus críticos quanto por seus admiradores.³¹ Em suma, ninguém, seja seguidor ou adversário, poderá trabalhar, depois de Kelsen, no campo da teoria do Direito, ignorando a sua obra, assim como toda Filosofia do Direito, a partir dele, terá que ser necessária e essencialmente um “diálogo com Kelsen”.³²

Afinal, são raras, raríssimas mesmo, essas figuras estelares, cuja biografia ostenta o singular atributo de terem transitado, com idêntico fulgor, das rigorosas

formulações de dogmática jurídica às mais apuradas reflexões no campo da teoria política e da filosofia do direito. No caso de Kelsen, merece destaque a *jurisdição constitucional*, que teve nele o seu principal formulador e o mais aguerrido combatente.³³

Hans Kelsen – ressalta Josef Kunz – não foi somente um cientista teórico, mas também um grande juriconsulto prático: foi o criador da Constituição Austríaca de 1920, e atuou durante dez anos como Juiz Constitucional. Também como teórico sua obra não se limitou à Ciência do Direito; contribuiu com importantes e originais abordagens para a Sociologia, a Ciência Política e a Filosofia. Finalmente, na Ciência Jurídica – arremata esse estudioso de Kelsen –, seu trabalho não se restringiu à Teoria Pura do Direito. Escreveu também obras de grande valor sobre a técnica do Direito, sobre política jurídica, sobre Direito constitucional positivo da República Austríaca, e sobre problemas de Direito internacional positivo.³⁴

Idêntica observação sobre a atividade prática de Kelsen, encontramos em Mario Losano, quando este aborda a postura kelseniana no tema da interpretação do direito. Para esse mestre italiano, haveria contradição no pensamento de Kelsen, na medida em que este, embora sustente que, nesse terreno – como, de resto, em todo o sistema jurídico –, não cabe à ciência do direito fazer juízos de valor, devendo o jurista limitar-se a descrever as possíveis interpretações de uma norma, sem dizer qual delas seria a melhor ou a preferível, essa postura não foi adotada por Kelsen quando ele foi chamado a emitir pareceres em controvérsias jurídico-políticas da maior relevância.³⁵

Em suma, independentemente de termos ou não simpatia pela obra e/ou pela figura de Kelsen – como, de resto, em relação a qualquer grande pensador –, ele é daquelas figuras “incontornáveis”, sem cujo conhecimento nenhum verdadeiro jurista mostra-se digno dessa qualificação.³⁶ O mesmo se diga no âmbito da fi-

29 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1. p. 32-33; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1. p. 40-41.

30 DILTHEY, Wilhelm. *Crítica de la razón histórica*. Barcelona: Península, 1986. p. 238-286; DILTHEY, Wilhelm e *Orígenes da Hermenêutica*. Textos de Hermenêutica. Lisboa: Res, 1984, p. 149-189; RICOEUR, Paul. *Explicar e compreender*. In: _____. *Do texto à ação: ensaios de hermenêutica*. Porto: Rés, [198?], p. 163-183; RICOEUR, Paul. *Interpretação e/ou argumentação*. In: _____. *O Justo: ou a essência da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2008. v. 1. p. 153-173; RICOEUR, Paul. *Interpretação e/ou argumentação*. In: _____. *O Justo: ou a essência da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2008. v. 1. p. 153-173. p. 172; Sobre a diferença entre esses atos gnosiológicos, ver COMPREENSÃO. In: MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofia*. Madrid: Alianza, 1986. v. 1. p. 545-548; EXPLICACÃO. In: MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofia*. Madrid: Alianza, 1986. v. 2. p. 1102-1104.

31 AFTALIÓN, Enrique R. *Crítica del saber de los juristas*. La Plata: Arayú, 1951. p. 152.

32 KUNZ, Josef L. *La teoría pura del derecho*. México: Universitaria, 1948. p.151-152.

33 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2003.

34 KUNZ, Josef L. *La teoría pura del derecho*. México: Universitaria, 1948. p. 116.

35 LOSANO Mario G. Introdução. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2011. p. 20-38. p. 28.

36 Para uma visão externa e aprofundada da obra de Hans Kelsen, ver, entre outros, LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Kelsen: estudio crítico de la teoría pura del derecho y del estado de la Escuela de Viena*. Barcelona: Bosch, 1933; EBENSTEIN, William. *The pure theory of law*. New York: A. M. Kelley, 1969; SICHES, Luís Recaséns. *La obra de Hans Kelsen: su teoría pura del derecho y del Estado; y su relativismo axiológico*. In: _____. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. México: Porrúa, 1963. v. 1. p. 137-222; GARCÍA

losófia, no qual, por exemplo, apesar de deplorarmos a militância nazista de Heidegger, não podemos ladear o seu pensamento, sob pena de nos privarmos de conhecer a obra filosófica mais importante do século XX.³⁷ A propósito, não devemos esquecer a advertência de Mondolfo sobre a constante vinculação da filosofia com a sua própria história, a qual constitui o processo de sua formação e de seu desenvolvimento.³⁸

Se ainda estivesse vivo – ele morreu em 19/4/1973 –, Kelsen teria orgulho em ver que o desenvolvimento da *sua* justiça constitucional foi o acontecimento mais destacado do Direito Constitucional Europeu da segunda metade do século XX; que, hoje em dia, não se concebe um sistema constitucional que não reserve um lugar sobranceiro para essa instituição; que, na velha Europa, todas as novas Constituições previram a existência de um tribunal constitucional; que o século XX foi o século das cortes constitucionais; e que, enfim, a se julgar pelo seu processo evolutivo, a *onda* benfazeja da criação desses tribunais, que já adentrou o século XXI, tem tudo para continuar indo em frente, “por mares nunca dantes navegados.”³⁹

3. PUREZA METODOLÓGICA

Declarando princípio fundamental de seu método o eliminar da ciência do direito todos os elementos que lhe são estranhos, para combater o que ele considerava um erro da ciência jurídica tradicional do século XIX e princípios do século XX, Hans Kelsen fundou a sua teoria, que denominou *pura*, como ele mesmo acentua, por ter um único objeto – o direito positivo – e ignorar

AMADO, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons, 1996; BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: UNESP, 2008. VILANOVA, Lourival. Teoria da norma fundamental: comentários à margem de Kelsen. Separata: *Anuário do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, n. 7, jan./dez. 1976; VIOLA, Oscar Luis. *Contra Kelsen: revisión crítica de la teoría pura - purísima - del derecho*, de Hans Kelsen). Buenos Aires: Astrea, 1975; KUNZ, Josef L. *La teoría pura del derecho*. México: Universitaria, 1948.

37 FEINMANN, José Pablo. *Que es la filosofía?* Buenos Aires: Prometeo Libros, 2006. p. 243; e FEINMANN, José Pablo. *La filosofía y el barro de la historia*. Buenos Aires: Planeta, 2009. p. 347.

38 MONDOLFO, Rodolfo. *Problemas e métodos de investigação na história da filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, [1969] p. 29-34.

39 FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 13-14; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional Europea ante el siglo XXI*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 31-34; MARCOU, Jean. *Justice constitutionnelle et systèmes politiques*. Grenoble: Universitaires de Grenoble, 1997. p. 5.

tudo o mais que não responde estritamente à sua definição.

Para ele a ciência jurídica até então estava envolvida por inúmeras confusões e obscuridades, produto da mistura de suas afirmativas e indagações com as de outras disciplinas conexas, mas inteiramente alheias ao seu objeto, como a sociologia, a psicologia, a moral e a política.

Precisava-se empreender, e assim o fez, uma radical eliminação desses elementos contagiantes – por ele reputados não jurídicos e, por isso, espúrios –, para que a ciência do direito cuidasse apenas do seu objeto material específico, ou seja, do próprio direito positivo, que ele entendia como sistema de normas gerais e individuais.

Para atender a essa exigência metodológica, Kelsen realizou duas ordens de purificação. Primeiramente, separou as ciências naturais das ciências sociais, porque Natureza e Sociedade são realidades totalmente distintas, conforme suas próprias palavras.⁴⁰ Em seguida, empreendeu a chamada purificação juspositiva, anti-jusnaturalista, apartando a Jurisprudência da Ética, da Sociologia, da Psicologia, da Teoria Política e da Teoria da Justiça – saberes que, insista-se, são conexos à Jurisprudência, porém alheios à juridicidade –, para evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.⁴¹

Nesse empenho de “eliminar da ciência do direito todos os elementos que lhe são estranhos” – assinala Machado Neto –, Hans Kelsen submete a temática tradicional da Jurisprudência a uma dupla purificação. A primeira é uma purificação do aspecto fático que pudesse estar ligado ao direito, entregando esse aspectos à ciências causativas como a Sociologia e a Psicologia. A segunda elimina do direito o aspecto ético-valorativo do ideal de justiça, frequentemente associado à ideia de direito. Este último aspecto, pelo seu caráter emocional e, portanto, irracional e extra-científico, é desterrado para a Política, a Ética e a Filosofia da Justiça.⁴²

3.1. Causalidade e imputação

Separando Natureza e Sociedade, como realidades ou mundos distintos, Kelsen afirma que a primeira é

40 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 16.

41 KELSEN, Hans. *Teoría pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962 v. 1. p. 2.

42 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1974. p. 28-29.

regida pelo princípio da *causalidade* (leis naturais), enquanto a segunda é dominada pelo princípio da *imputação* (leis normativas). A propósito, vale registrar que uma das obras mais importantes de Hans Kelsen tem como título “Sociedade e Natureza: uma investigação sociológica”, estudo no qual ele ressalta que a noção moderna de causalidade teve sua origem na primitiva ideia de retribuição.⁴³

Tanto o princípio da causalidade quanto o da imputação apresentam-se sob a forma de juízos hipotéticos, que relacionam uma condição e uma consequência. Essa, aliás, é a sua única semelhança – assinala Kelsen –, mas, enquanto no primeiro juízo a condição é uma causa, e a consequência, seu efeito, por uma lei de necessidade, sem a interferência de atos humanos, já no segundo juízo não se verifica essa inevitabilidade, estabelecendo-se a relação entre condição e consequência por atos do homem, sob o domínio, portanto, da liberdade.

Ao dualismo irreduzível de ser e dever ser – lê-se em Kelsen – corresponde o dualismo metodológico das *leis causais*, *des-critivas* do ser, e as normas *prescritivas* de condutas que instauram um dever ser. O esquema das leis causais é: Se A é, então é (ou será) B. Na relação entre a condição e a consequência expressa-se a necessidade causal do “*ter que*” (*Müssen*). Também nas normas do direito conecta-se uma condição com uma consequência, pois o direito prescreve uma conduta determinada de uma maneira tal que à conduta oposta – qualificada de antijurídica – enlaça-se uma consequência jurídica chamada *sanção*.⁴⁴

A distinção está, pois, no sentido do enlace estabelecido pela norma e pela lei natural. Enquanto o juízo que expressa a norma jurídica representa-se pela fórmula “dado A *deve ser* B”, aquele que traduz a lei natural tem a estrutura “dado A *será* B”.

No primeiro juízo, o elemento *A* é a situação de fato condicionante, e *B* a consequência condicionada, que se imputa à primeira; já no segundo juízo, o elemento *A* funciona como causa e *B* como efeito certo (ou provável).⁴⁵

43 KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza*. Buenos Aires: Depalma, 1945. Ver também, KELSEN, Hans. La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución. In: _____. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 53-97.

44 KELSEN, Hans. *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969. p. 122-123.

45 Sobre a questão da *certeza/probabilidade*, no âmbito física moderna, ver, no próprio Kelsen, o *estado da arte* à época em que ele produziu o texto *O surgimento da lei da causalidade a partir do princípio*

É o que nos diz ainda o próprio Kelsen, em texto frequentemente citado pelos seus estudiosos.

A regra de Direito, usando o termo em sentido descritivo, é, como a lei natural, um juízo hipotético que atribui uma consequência determinada a uma condição determinada. Mas entre a lei natural e a regra de Direito só existe uma analogia. A diferença está no sentido com que a condição e a consequência estão relacionadas. A lei natural afirma que, quando um fato (a causa) tem lugar, segue-se outro fato (o efeito). A regra de Direito, usando o termo em sentido descritivo, diz que, se um indivíduo se comporta de certa maneira, outro indivíduo deve conduzir-se em determinada forma. A diferença entre a Ciência Natural e a Jurisprudência não está na estrutura lógica das proposições que descrevem o objeto, mas antes no objeto mesmo, e, portanto, no significado da descrição. A Ciência Natural descreve seu objeto – a natureza – em proposições de “ser”; a Jurisprudência descreve o seu objeto – o Direito – em proposições de dever ser.⁴⁶

Ademais, enquanto no âmbito da causalidade notamos que “cada causa concreta é, simultaneamente, efeito de outra causa, e cada efeito causa de outro efeito”, e assim sucessivamente, sem que se encontre um ponto final nessa cadeia de eventos, já no domínio da imputação o processo é totalmente distinto, pois “a condição à qual se imputa uma consequência moral, religiosa, ou jurídica, não é necessariamente uma consequência imputável a outra condição”.⁴⁷ Em suma, como afirma Kelsen, “a série de razões que fundamentam a validade de uma norma não é infinita como as séries de causas e efeitos.”⁴⁸

Diante do exposto, conclui-se que existe uma contraposição metódica absoluta entre o *explicativo* e o *normativo*, fundada na plena disparidade entre *ser* e *dever ser*. Trata-se, como afirma Legaz y Lacambra, de “dois mundos separados por um abismo intransponível, porque a sua oposição é lógico-formal e, portanto, impeditiva de se passar de um mundo ao outro.”⁴⁹

da retribuição. KELSEN, Hans. La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución. In: _____. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 53-97.

46 KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica. In: _____. *La idea del derecho natural y otros Ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 202-234. p. 217.

47 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 26.

48 KELSEN Hans. Los juicios de valor en la ciencia del derecho. In: _____. *La idea del derecho natural y otros Ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 239-265 p. 252.

49 Legaz Y LACAMBRA, Luis. *Kelsen: estudio crítico de la teoría pura del derecho y del estado de la Escuela de Viena*. Barcelona: Bosch, 1933. p. 21.

3.2. Dever ser jurídico e dever ser axiológico

Realizada essa primeira purificação, distinguindo Natureza e Sociedade e, conseqüentemente, separando as ciências naturais das ciências sociais, Kelsen empreendeu uma segunda depuração, esta já no campo normativo, estabelecendo diferença entre o *dever ser* por seu intrínseco valor (dever ser axiológico), que diz respeito à Moral, ao Direito Natural e à Política, e o *dever ser* não valorativo, neutral, puramente lógico e, por isso, cientificamente jurídico – o dever ser objeto da Jurisprudência.

Graças a esse esforço em busca do mais completo purismo metodológico, Hans Kelsen pôde atingir, finalmente, o *dever ser* que, para ele, constitui o conteúdo da norma jurídica, o objeto único, irreduzível (mas também não ampliável) da ciência jurídica pura, expungindo do direito o aspecto ético-valorativo do ideal de justiça habitualmente ligado à sua ideia. “O resíduo, isto é, aquilo que *deve ser*, não por seu intrínseco valor e sim porque constitui o conteúdo das normas jurídicas, é o objeto da ciência jurídica pura”.⁵⁰ Daí a sua afirmação – chocante a uma primeira leitura –, de que “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”, bastando para isso que a norma que conferiu juridicidade a esse conteúdo tenha sido criada de conformidade com outra, de maior hierarquia – da qual aquela norma extrai sua validade –, e, assim, sucessivamente, até a norma fundamental – *hipotética* – que encerra o processo de fundamentação e fecha o sistema.⁵¹

Oportuna, na linha desse pensamento de Kelsen, a observação de Soler de que “todo sistema jurídico autolimita não apenas o retrocesso fundante [no sentido expresso acima], mas também o processo dedutivo/derivativo, estabelecendo também aqui um limite além do qual não se pode prosseguir. Num extremo da ordem jurídica positiva está a *Constituição*, no outro, a *coisa julgada*; no direito, assim como não há *regressus*, tampouco

há *progressus in infinitum*, já que a existência deste último seria incompatível com aquela limitação.”⁵²

Dessa maneira, ou seja, dizendo que todo conteúdo pode ser direito ou – o que significa o mesmo –, que uma norma jurídica pode ter qualquer conteúdo –, o chefe da Escola de Viena atingia o fim a que se propusera, eliminando as confusões, que tanto combatera, na teoria tradicional do direito, entre os planos sociológico, filosófico e o estritamente jurídico, sem que, no entanto, negasse o status de investigação científica aos outros saberes – não dogmático-jurídicos – que têm por objeto material a “coisa” direito, tal como esta é conceituada pela Ciência do Direito ou Jurisprudência Normativa. Daí esta afirmação de Kelsen, a respeito das relações entre a Ciência do Direito e a Sociologia Jurídica:

A norma jurídica como expressão de um “dever ser” não é para ele (sociólogo do direito), como é para o jurista, o objeto de seu conhecimento; para o sociólogo é um *princípio de seleção*. A função da norma jurídica para a sociologia do direito é indicar seu próprio objeto particular, e separá-lo do conjunto dos fatos sociais. Nessa medida, a *jurisprudência sociológica pressupõe a jurisprudência normativa*. É um complemento da jurisprudência normativa.⁵³ (grifo nosso).

Esclarecedoras, nesse particular, são igualmente as reflexões de Miguel Reale sobre os planos e âmbitos do conhecimento do direito, onde ele assinala que a *experiência jurídica* – conceito bem mais amplo do que o conceito de norma jurídica –, como *objeto material* comum, pode ser estudada por diferentes “ciências” ou distintos saberes, a depender da perspectiva ou do ponto de vista (= *objeto formal*) em que se coloquem os seus investigadores.

O Direito, por certo, é um só para todos os que o estudam – diz o mestre do tridimensionalismo jurídico –, havendo necessidade de que os diversos especialistas se mantenham em permanente contato, suprimindo e completando as respectivas indagações, sem que isso nos autorize a falar numa única Ciência do Direito, a não ser dando ao termo “Ciência” a conotação genérica de “conhecimento” ou “saber”, suscetível de desdobrar-se em múltiplas “formas de saber”, em função dos vários “objetos” de cognição que a experiência do Direito logicamente possibilita, seja no plano empírico ou científico-positivo, seja no plano transcendental ou filosófico.⁵⁴

50 VILANOVA, Jose apud MACHADO NETO, Antônio Luís. *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1974. p. 29.

51 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962 v. 2. p. 10; KELSEN, Hans. *Teoria general del estado*. México: Nacional, 1965. p. 53; e KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 228: “Uma análise do direito positivo mostra que o procedimento pelo qual se cria uma norma jurídica está regulado por outra norma jurídica. A rigor, frequentemente, outras normas determinam não só o procedimento de criação, mas também, em maior ou menor extensão, o conteúdo da norma a ser criada”.

52 SOLER, Sebastin. *La interpretación de la Ley*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 95-96.

53 KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho y la jurisprudência analítica. In: _____. *La idea del derecho natural y otros Ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 202-234. p. 218.

54 REALE, Miguel. As ciências da realidade jurídica. In: _____.

Mesmo assim, ou seja, ainda que se troque o conceito específico de *norma jurídica* – uma regra que impõe, proíbe ou faculta determinadas condutas –, pelo conceito, mais amplo, de *experiência jurídica*, entendida como aquilo que em dado momento histórico uma sociedade vivencia *como* direito, em seus elementos essenciais – fáticos, axiológicos e normativos⁵⁵ –, ainda assim, qualquer disciplina que pretenda delimitar o seu campo de estudos sobre a “coisa direito”, estremando-o de outras ordens de indagações, terá de se referir, prévia e necessariamente, ao Direito *sub specie normativitatis* e pressupor os conceitos jurídicos fundamentais, pois é somente com a sua *normatização* – por meio de regras legais ou costumeiras –, que as condutas humanas deixam de ser fatos sociais *tout court* para se converterem em fatos sociais especificamente jurídicos.⁵⁶ Em síntese, qualquer comportamento só adquire a condição de conduta *jurídica* quando uma norma, validamente criada, “carimba” esse comportamento como *faculdade, prestação, ilícito* ou *sanção*.⁵⁷ Aquilo que não for ou deixar de ser objeto/conteúdo de uma norma jurídica situa-se no “espaço livre de Direito” e, assim, não pode ser objeto de nenhuma abordagem acerca da *juridicidade*, como, por exemplo, uma Filosofia ou uma Sociologia *do Direito*.⁵⁸

4. A NORMA JURÍDICA

Conseguidas aquelas duas purificações, separados *ser* e *dever ser*, e deste eliminado o *dever ser axiológico*, Kelsen coloca-nos diante da norma jurídica como conceito central da ciência do direito, que surge, assim, como ciência normativa, um saber que tem a norma jurídica positiva – e somente ela – como objeto das suas indagações.

Filosofia do direito. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 609-614; REALE, Miguel. Dos planos e âmbitos do conhecimento do direito. In: MACHADO NETO, Antônio Luís; MACHADO NETO, Zahidé (Org.). *O Direito e a Vida Social*. São Paulo: Nacional, 1966. p. 21-27; REALE, Miguel. Fundamentos da teoria tridimensional do direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 10, n. 4, p. 455-470, out./nov. 1960.

55 REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 2002. SICHES, Luis Recaséns. La experiencia jurídica. *Dianoia*, v. 11, n. 11, p. 18–39, 1965.

56 DÍAZ, Elías. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1982. p. 12; 183.

57 MACHADO NETO, Antônio Luís. Teoria geral do direito. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966. p. 246-247.

58 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 526-527; nota 11.

Convém, todavia, esclarecer que se trata de uma ciência *normativa*, não porque prescreva normas, o que lhe emprestaria um caráter valorativo que, em absoluto, ela não possui, mas porque tem por objeto normas, as quais a Jurisprudência estuda e descreve com integral neutralidade axiológica.⁵⁹ Entender em contrário seria não compreender o pensamento kelseniano, deformando a sua teoria e desnaturando a sua intenção. Daí esta precisa síntese de Machado Neto, um dos juristas brasileiros que mais se dedicou ao estudo crítico da Teoria Pura do Direito.

Seu objeto é apenas a norma, quer no aspecto estático – *nomoestática* – quer no dinâmico – *nomodinâmica*, quer na consideração do sistema normativo como um todo coerente, ou na análise dinâmica da produção das normas, em que o direito regula sua própria criação e aplicação.⁶⁰

Após haver estabelecido que a ciência jurídica é uma ciência normativa, Kelsen declara que ela estuda o direito sob duplo aspecto – estático e dinâmico –, de vez que o ordenamento jurídico pode ser considerado em estado de repouso – como sistema estabelecido –, assim como em seu movimento – como uma série de atos pelos quais o direito é criado e, em seguida, aplicado.⁶¹

Qual, entretanto, a natureza dessa norma, que constitui o objeto específico da ciência do direito? É um *juízo hipotético*, responderá Kelsen; um juízo que exprime o enlace de uma situação de fato condicionante com uma consequência jurídica condicionada.⁶²

Afirmando a natureza de juízo hipotético da norma jurídica, Kelsen rejeita a tese tradicional – que sustentava ser a norma um comando, um mandado, uma ordem, um imperativo – não só porque não existe ordem sem vontade real, como também porque as normas jurídicas prescindem desse elemento volitivo para a sua validade. É o que ele nos diz, resumidamente, nas frases reproduzidas a seguir.

Se a regra jurídica é um comando, ela é, por assim dizer, um comando *despsicologizado*, um comando que não implica uma ‘vontade’ no sentido psicológico do termo”.⁶³

59 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. El problema de la clasificación de las ciencias. In: _____. *Introducción al estudio del derecho*. 4. ed. México: Porrúa, 1951. p. 122-123; KALINOWSK, Georges I. *Querelle de la science normative*. Paris: L.G.D.J., 1969.

60 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1974. p.32-33.

61 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 34.

62 KELSEN Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986. p. 25-28.

63 KELSEN Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: M. Fontes, 1990. p. 38-40.

[...]

A conduta humana é sancionada, estatuída ou prescrita por uma regra de direito sem nenhum ato de vontade psíquica. O direito poderia ser denominado uma ordem “despsicologizada”.⁶⁴

Em seguida, exigindo que as normas, para pertencerem à esfera do direito, não apenas definam a conduta que constitui a condição de uma sanção, mas também determinem essa mesma sanção, Kelsen as distingue entre normas *primárias* e normas *secundárias*, dizendo que a norma primária é aquela que estabelece a relação entre o fato ilícito e a sanção, e a secundária a que prescreve a conduta impeditiva da sanção.⁶⁵

Dessa forma, podemos dar às duas categorias de normas a seguinte formulação:

- Dado nP (não prestação) deve ser S (sanção) – Norma primária
- Dado Ft (fato temporal) deve ser P (prestação) – Norma secundária

Compreendido, assim, o direito especificamente como ordem coativa de condutas, vemos que a norma primária é a fórmula pura em que ele consiste, sendo a norma secundária uma verdadeira superfluidade, ou, como prefere dizer o próprio Kelsen, “só um meio técnico para expressar em forma mais breve e acessível o que somente a norma enuncia cabal e corretamente: que ocorrendo a conduta contrária há de acontecer um ato coativo”.⁶⁶

Essa é a razão por que Aftalión, Olano e Vilanova, antes citados, analisando o caráter coativo da norma jurídica na concepção kelseniana, chegam a dizer que essa coatividade é a sua diferença específica, sendo a imputação apenas o gênero próximo.⁶⁷

A natureza coativa da norma jurídica não deve, entretanto, ser misturada com elementos que lhe são estranhos, como o medo, o poder, o interesse a reverência ou o respeito, que deformariam seu verdadeiro sentido, porque a sanção jurídica, aquela *consequência* ligada a um

fato condicionante, que singulariza esse tipo de norma, está vinculada estruturalmente ao *preceito*, sendo irrelevante saber-se quais as razões que determinam o seu cumprimento ou a sua inobservância.

O fato de alguém cumprir ou não um preceito jurídico nenhum valor tem para a sua conceituação *qua tale*, pois esse preceito continuará a ser o que é independentemente de sua efetiva execução.

Basta ver, por exemplo, que ninguém negará a natureza de norma jurídica ao dispositivo legal que sanciona o furto pela simples razão de existirem ladrões, ou porque um desses criminosos, após cometer o delito (circunstância de fato condicionante), tenha desaparecido até sobrevir a prescrição do crime, a qual, de resto, é objeto de outro preceito jurídico. Em síntese, no mundo ético, diversamente do mundo natural, o descumprimento das normas não constituirá “disposição em contrário”, pois enquanto as *leis físicas*, como sínteses de uma dada experiência, exprimem só o que é, aquilo que efetivamente acontece, as *leis morais* não recebem as suas verdades das condutas que intentam regular, porque não expressam o que é, mas apenas o que *deve ser*. Nos domínios da ética, em geral, e do direito, em particular, pelo menos em linha de princípio, a eficácia não é condição de validade⁶⁸, muito embora o próprio Kelsen tenha dito que “não pode negar-se que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua *validade* quando deixa de ser *eficaz*”.⁶⁹ Em síntese, como arremata Josef Kunz, a eficácia é a condição da validez; a condição, não a razão, a *conditio sine qua non*, não a *conditio per quam*.⁷⁰

5. POSIÇÃO PERANTE OS DUALISMOS DA DOUTRINA TRADICIONAL

Consequência de sua consideração, unificadora e estritamente normativista da ciência jurídica, é a eliminação dos dualismos da doutrina tradicional, tais como direito natural/direito positivo, direito objetivo/direito subjetivo, pessoa natural/pessoa jurídica, direito públi-

64 KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 222.

65 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 77.

66 AFTALIÓN, Enrique R; GARCÍA OLANO, Fernando; VILANOVA. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: El Ateneo, 1960. p. 855.

67 AFTALIÓN, Enrique R; GARCÍA OLANO, Fernando; VILANOVA. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: El Ateneo, 1960. p. 854

68 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Ar. Amado, 1959. v. 2, p. 72.

69 KELSEN, Hans. *Teoría pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962. v. 1. p. 40-42.

70 KUNZ, Josef L. *La teoría pura del derecho*. México: Universitaria, 1948. p. 75.

co/direito privado, Estado/Direito, pelas razões desenvolvidas a seguir.

5.1. Direito natural e direito positivo

Sobre o velho problema do direito natural, aquela ordem intrinsecamente válida, que existiria ao lado e acima do direito positivo, Kelsen concentrou a força de sua argumentação teórica, com o propósito de eliminar de vez com essa antinomia, negando a existência do direito natural em favor do direito positivo como único sistema coativo de condutas.⁷¹

Ao iniciar seu combate, o mestre de Viena diz que esse dualismo é característico da teoria tradicional do direito, tal como ela foi desenvolvida pela ciência jurídica positivista do século XIX, e que essa dicotomia afeta o sistema em seu conjunto e em cada uma das suas partes.⁷²

Trata-se, no entender de Kelsen, de um mero instrumento com o qual a doutrina do direito natural acredita poder resolver o eterno problema da justiça absoluta, dando uma resposta definitiva à questão do bem e do mal nas relações humanas.

Examinando a evolução do pensamento jusnaturalista, Kelsen chega à conclusão de que toda doutrina de direito natural, para ser coerente consigo mesma, deveria revesti-lo de um caráter transcendente, religioso, divino, para que ele seja – como sustentam os seus adeptos – um direito eterno e imutável, diverso, portanto, do direito positivo que, sendo criado pelos homens, é uma realidade histórica, temporal e variável.

Igualmente – adverte Kelsen – só a hipótese de um direito natural estabelecido pela vontade de Deus permite afirmar-se que os direitos subjetivos são inatos ao homem e que possuem um caráter sagrado, com a consequência de que o direito positivo não poderia outorgá-los nem retirá-los do homem, mas tão somente protegê-los e garanti-los.⁷³

Estamos, assim, diante de uma argumentação que parece irrespondível pelos teóricos do direito natural, que não têm condições para estabelecer a totalidade dos

direitos subjetivos. Ou estes direitos consistem naqueles atributos reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica positiva, que seria, então, a sua fonte geradora e garantidora, e, portanto, superior a eles; ou restariam ainda outros tantos direitos, de acordo com a concepção de cada criatura, já que seria impossível uma união de pontos de vista, em ordem a reconhecê-los ou positivá-los numa espécie de “declaração ecumênica” dos direitos humanos.

Levando-se às últimas consequências esse tipo de raciocínio verificaremos que não existe uma, mas diversas doutrinas jusnaturalistas, com a evidente possibilidade de se defenderem teses até mesmo contrapostas, senão mesmo contraditórias.

Daí porque compreendemos, perfeitamente, a utilização dessas doutrinas quer pelas correntes socialistas, na sua condenação da propriedade privada, tida como contrária à Natureza e fonte de todos os males humanos⁷⁴; quer pelos defensores do liberalismo/capitalismo, que entendem deva o Estado proteger essa mesma propriedade, em toda a sua plenitude, porque se trata de um direito natural e imprescritível do homem.⁷⁵

Essas e outras dificuldades e contradições, como a de que o direito positivo encontraria sua justificação e validade no direito natural, sendo assim coisa supérflua e ridícula, tal como – na expressão de Kelsen – “uma iluminação artificial em pleno sol”⁷⁶; ou como a afirmação de que a justiça consistiria em *dar a cada um o que é seu*, mas precisando recorrer ao direito positivo para fornecer o conteúdo desse *suum*. Tudo isso levou Kelsen a negar validade a esse velho dualismo, dizendo não existir um direito natural, mas apenas teorias de direito natural, o qual não passa de uma máscara atrás da qual se ocul-

71 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Kelsen: estudio crítico de la teoría pura del derecho y del estado de la Escuela de Viena*. Barcelona: Bosch, 1933. p. 36-40.

72 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962. v. 1. p. 101.

73 KELSEN Hans. *Teoria pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 103.

74 PROUDHON, Pierre-Joseph. *O que é a propriedade?* Lisboa: Estampa, 1971. p. 241: “Ora, a propriedade engendra necessariamente o despotismo, o governo do belo prazer, o reino de uma vontade libidinosa: isso faz de tal maneira parte da essência da propriedade que basta, para se convencerem, lembrar o que ela é e o que se passa à nossa volta. A propriedade é o direito de usar e abusar.” (grifo nosso).

75 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016. – art. 2º. “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

76 KELSEN Hans. *Teoria pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 106

tam os interesses.⁷⁷ Um ligeiro percurso pela história do direito natural evidenciará essa diversidade doutrinária, desde a sua compactação em dois grandes blocos teóricos – direito natural *clássico* e direito natural *moderno* –, até os refinamentos comparatistas, a distinguirem enfoques diversos num mesmo período histórico.⁷⁸

5.2. Direito objetivo e direito subjetivo

Eliminando esse primeiro dualismo – direito natural/direito positivo –, que para Kelsen se mostra de alguma forma imanente e oculto, dedica-se ele ao estudo de outros dualismos, estes patentes e sistemáticos, como a contraposição direito objetivo/direito subjetivo; direito público/direito privado; Estado e direito e outros pares de noções opostas.⁷⁹

Inicialmente, entende Kelsen que deve explicar a natureza de cada um desses dualismos, para, em seguida, esgrimir contra eles a sua argumentação.

Diz ele, por exemplo, que enquanto a oposição entre Direito e Estado tem uma função essencialmente justificadora, e a distinção entre direito objetivo e subjetivo pretende limitar o domínio do direito positivo, a oposição direito público *versus* direito privado possui significações diferentes e funções ideológicas variadas.

Sendo patente o sentido ideológico da doutrina, no tocante à distinção entre direito subjetivo e direito objetivo, o seu choque com o pensamento kelseniano surge, assim, como algo verdadeiramente axiomático.

Basta partirmos de duas concepções sobre a natureza do direito subjetivo – como a *teoria da vontade*, de Bernhard Windscheid, ou a *teoria do interesse*, de Rudolf von Ihering – para vermos a sua antinomia com o direito objetivo, entendido e aceito como norma ou conjunto de normas.

Em seu primeiro significado – acentua Kelsen – este dualismo expressa a ideia de que o direito subjetivo é anterior ao direito objetivo, tanto do ponto de vista lógico quanto do cronológico.⁸⁰

77 KELSEN, Hans apud LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Kelsen: estudio crítico de la teoría pura del derecho y del estado de la Escuela de Viena*. Barcelona: Bosch, 1933. p. 36.

78 STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*. Paris: Flammarion, 1997; SICHES, Luis Recaséns. *Iusnaturalismos actuales comparados*. Madrid: Universidad de Madrid, 1970.

79 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 113.

80 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba,

Seria, assim, o direito subjetivo uma categoria *transcendente*, superior ao direito objetivo, o qual, como ordem estatal surgida *depois*, deveria apenas reconhecer, proteger, sancionar o direito subjetivo, que lhe é preexistente.

Após declarar que essa noção é sustentada, em especial, pelos partidários da escola histórica, Kelsen avança para a identificação entre sujeito de direito ou pessoa e direito subjetivo.

Para ele, a rigor, esses conceitos não são mais que dois aspectos da mesma noção, sendo o proprietário – titular de um direito subjetivo – o modelo do sujeito de direitos. Ao direito objetivo, se quisesse ser um verdadeiro direito, restaria apenas reconhecer essa personalidade inicial, esse ser independente da ordem jurídica.

Partindo do ponto de vista – sustentado por essa mesma concepção –, de que o direito objetivo é uma norma heterônoma, ao lado do direito subjetivo, e que impõe obrigações e sanções, independentemente, portanto, do âmbito da subjetividade, Kelsen demonstra a contradição existente nesse dualismo, uma vez que “a qualidade de pessoa jurídica é por essência a negação de toda obrigação, a liberdade no sentido de autodeterminação ou de autonomia.”⁸¹

Prosseguindo em sua argumentação, Kelsen denuncia igualmente a função ideológica das noções – que reputa contraditórias entre si –, de direito subjetivo e sujeito de direitos.

Trata-se, no fundo, diz ele, de uma tentativa para manter a ideia de que a propriedade privada é uma categoria transcendente ao direito objetivo, o qual, exatamente por isso, não pode suprimi-la.

Partindo da concepção hegeliana de que o direito subjetivo se identifica com a propriedade, e que esta é o domínio exterior onde se exerce a liberdade⁸², Kelsen demonstrou porque a ideologia do direito subjetivo se sustenta sobre o valor moral da liberdade individual e da autonomia da pessoa, negando foros de ordem jurídica a tudo quanto não garanta essa mesma liberdade, que não proteja os direitos subjetivos.

Dizendo que os teóricos interessam-se mais pelo direito subjetivo do que pelo dever jurídico, embora este

1960. p. 114.

81 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 115.

82 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 44-46, §§ 41-44.

seja mais importante, já que o direito – como ordem coativa de comportamentos –, tem por função essencial estabelecer uma relação normativa entre a conduta individual e um ato de coação destinado a sancionar essa mesma conduta, Kelsen reduz o direito subjetivo ao direito objetivo.

Para tanto ele coloca em primeiro plano a noção de *dever jurídico*, que nada mais é do que a mesma norma jurídica considerada do ponto de vista da conduta prescrita a um sujeito determinado.

O dever jurídico, diz Kelsen, “é a norma em sua relação com o indivíduo ao qual ela prescreve certa conduta, vinculando uma sanção à conduta contrária”.⁸³

Então, verificamos que o dever jurídico é, exatamente, o conteúdo da norma que Hans Kelsen denominou *secundária*, norma no sentido descritivo da palavra, porque define aquela conduta impeditiva da sanção.⁸⁴ *Primária* – porque a mais importante – é a norma que estabelece a relação entre o ato ilícito e a sanção, pois a coercibilidade é o traço fundamental do direito como ordem coativa de condutas.

Dessa forma, vemos porque um indivíduo só está obrigado – juridicamente – a adotar certa conduta, quando uma norma faz do comportamento contrário a condição realizadora da sanção. Não por acaso, entre os direitos fundamentais que proclama, reconhece e protege, a nossa Constituição estatui, em seu artigo 5º, incisos II, XXXV LXVIII, respectivamente, que ninguém será *obrigado* a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; e que se concederá *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Noutro dizer, ninguém será *coagido* – pelo Estado ou pelos particulares –, a se comportar de certa maneira, a não ser que uma *norma jurídica* defina a conduta contrária como ensejadora de sanção, norma essa que, de outra parte, é suscetível de *invalidação judicial* se ameaçar ou lesar direito assegurado pela Constituição. É que, no moderno Estado Constitucional de Direito, qualquer

forma de coação – seja estatal ou interindividual – só se reputa legítima se for exercida em estrita obediência ao que estabelece o *contrato constitucional*.⁸⁵

Fixada a preeminência do dever jurídico em face do direito subjetivo, Hans Kelsen declara que este só existe, em sentido específico, quando entre as condições determinantes da sanção jurídica figura urna manifestação de vontade, querela ou ação judicial, emanada de um indivíduo lesado em seus interesses por um ato ilícito. Somente nesta hipótese, isto é, quando uma norma jurídica (direito objetivo, portanto) arma o indivíduo do poder de defesa dos seus interesses, é que surge a figura do direito subjetivo. Ora, se este direito (subjetivo) é emanção daquele (objetivo), se ele só existe na medida em que o outro lhe permite essa existência, como então falar-se em dualidade de categorias? Quem dirá, por exemplo, que é possível encontrar-se um direito subjetivo onde não haja um preceito de direito objetivo garantindo-lhe a existência? Ninguém, certamente, nem mesmo os mais ilustres defensores do tradicional dualismo, como Dernburg, por exemplo, para quem os direitos em sentido subjetivo existiam na história muito antes que uma ordem estatal consciente viesse a ser estabelecida.⁸⁶

Após tecer considerações sobre o dever jurídico e o direito subjetivo, Kelsen diz que a Teoria Pura está em condições de resolver o tradicional dualismo direito objetivo/direito subjetivo, pois ambos os direitos são da mesma natureza; que o segundo não é mais do que um aspecto do primeiro, assumindo quer a forma de um dever e de uma responsabilidade – quando o direito objetivo dirige uma sanção contra um indivíduo determinado –, quer a de um direito subjetivo, quando o direito objetivo se põe à disposição de um indivíduo determinado.⁸⁷

83 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 121.

84 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 77.

85 Sobre a proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ver, na doutrina brasileira, os estudos de SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004; VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004; e SOMBRÁ, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. Entre os autores estrangeiros, ver CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

86 DERNBURG, Henrich, 1894, apud KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 114.

87 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 122-123.

Estava, assim, eliminado pela Teoria Pura do Direito mais esse célebre dualismo, já que demonstrada, com fundamento, a redução do direito subjetivo ao direito objetivo, a absorção de um pelo outro. Se a todo o direito deve corresponder uma ação que o assegure, e se essa ação é criatura do direito objetivo, então parece que se há de considerar preeminente o direito objetivo, na sua vertente processual, ficando o direito subjetivo ou direito material na dependência dessa instrumentalização, que lhe provém do direito objetivo. Nesse sentido, vale recordar a expressiva exclamação de Wach, lembrada por Couture: “a pretensão de tutela jurídica não é uma função do direito subjetivo; a pretensão de tutela jurídica é o meio que permite fazer valer o direito, sem ser o direito mesmo.”⁸⁸

5.3. Pessoa natural e pessoa jurídica

Igualmente suprimido pela teoria kelseniana foi o dualismo da doutrina tradicional, que distinguia os sujeitos de direito entre pessoas físicas ou naturais e pessoas jurídicas.

Trata-se de tema amplamente polêmico, que suscita debates desde a simples denominação dos entes coletivos – pessoas morais, pessoas místicas, pessoas abstratas, pessoas ideais, pessoas civis, pessoas coletivas, ou pessoas jurídicas, etc. –, até à explicação da sua natureza, terreno em que se digladiaram juristas da envergadura de Savigny, Ihering, Windscheid, Planiol e tantos outros.

Corolário da redução anterior, que no dizer de Aftalión, Olano e Vilanova, aplaina o caminho para esta outra redução⁸⁹, Kelsen empreende a eliminação de mais este dualismo clássico, culminando com a afirmação de que para a Teoria Pura do Direito a pessoa física e a pessoa jurídica são, ambas, a personificação de uma ordem jurídica, de tal modo que não há diferença essencial entre essas duas classes de pessoas, já que a pessoa física é também uma verdadeira pessoa jurídica.⁹⁰

A fim de chegar a essa conclusão categórica, em choque com a teoria tradicional, numa atitude que, de resto, lhe é peculiar, Kelsen concentra seu ataque sobre um

conceito jurídico fundamental – o sujeito de direitos ou pessoa –, dizendo tratar-se de uma construção artificial, um conceito antropomórfico criado pela ciência jurídica para apresentar o direito de uma maneira sugestiva.⁹¹

Para tanto, serviu-se Kelsen da teoria positiva que, não obstante haver desenvolvido, apenas parcialmente, sua concepção acerca do problema, já intentara demonstrar que não existia diferença entre pessoa natural e pessoa jurídica.

O homem, diria Kelsen, não é uma noção jurídica, mas biológica, fisiológica e psicológica, não sendo plausível identificá-lo com a pessoa física, nos moldes em que esta é concebida pela teoria tradicional.

“O homem é pessoa (juridicamente falando) na medida em que a sua conduta encontra-se prevista, como faculdade, ou dever, pela ordem jurídica”, dizem os citados Aftalión, Olano e Vilanova, que bem compreenderam o sentido da demonstração kelseniana.⁹²

Tratava-se, realmente, de um velho equívoco da doutrina tradicional essa crença de que as noções de homem e pessoa, esta juridicamente considerada, se identificavam.

Daí a razão por que as polêmicas giravam apenas em torno da natureza das pessoas jurídicas, já que inquestionável era a aceitação, quanto às pessoas naturais, de que elas gozavam de atributos jurídicos próprios.

Ora, afirma Kelsen, o homem somente pode transformar-se em um elemento do conteúdo das normas jurídicas, que regulam a sua conduta, quando ele converte alguns de seus atos em objeto de deveres, de responsabilidades ou de direitos subjetivos. O homem – conclui o mestre de Viena – não é essa unidade específica que denominamos pessoa.⁹³

É, verdadeiramente, uma realidade natural inarredável, um ser vivente, biológico, que não se confunde, em absoluto, com a noção de pessoa criada pela ciência do direito, que por isso dela poderia prescindir.

Daí porque Kelsen a entende apenas como um instrumento elaborado pela ciência jurídica, um conceito

88 DERNBURG, Eduardo J. Couture. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: J. Konfino, [200?]. p. 21.

89 AFTALIÓN, Enrique R; GARCÍA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: El Ateneo, 1960. p. 857.

90 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 128.

91 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 125.

92 AFTALIÓN, Enrique R; GARCÍA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: El Ateneo, 1960. p. 857.

93 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 126.

que “facilita a descrição do direito, mas não é indispensável, já que é necessário sempre remeter-se às normas que regulam a conduta dos indivíduos ao determinar seus deveres, responsabilidades e direitos subjetivos.”⁹⁴

Está patente, pois, o objetivo pretendido por Kelsen, de negar atributo jurídico *em si* para a pessoa física ou natural, que só terá expressão para o Direito na medida em que este lhe conceder.

Lembre-se, por exemplo, que houve época, não muito remota na história da Humanidade, em que diversos sistemas jurídicos, consagrando a escravidão, estavam negando qualquer atributo jurídico – *personalidade* – àquelas criaturas físicas.

Equiparados às coisas, nas sociedades escravagistas, ninguém jamais condenou a servidão imposta àqueles seres humanos, muito embora se tratasse de pessoas, juridicamente consideradas, não podendo, portanto, ser objeto, antes apenas sujeitos de direito.

Prosseguindo em sua argumentação, diz Kelsen que as chamadas pessoas jurídicas são em tudo semelhantes às pessoas físicas, designando apenas a unidade de um conjunto de normas, ou seja, um bloco de preceitos jurídicos destinados a reger a conduta de uma pluralidade de indivíduos.

Neste ponto, ele critica a teoria tradicional, porque não faz a distinção necessária, porque real, entre homem e pessoa física; porque afirma haver diferença essencial entre pessoa física e pessoa jurídica, mas é incapaz de reunir as duas sob a noção comum de *pessoa jurídica*, que é a única existente.

Por isso – como já registramos –, Kelsen diz que para a Teoria Pura do Direito, a pessoa física e a pessoa jurídica são ambas a personificação de uma ordem jurídica, não havendo diferença essencial entre essas duas classes de pessoas, já que a pessoa física é também uma verdadeira pessoa jurídica.⁹⁵

Considerando, entretanto, que essa simples afirmação não resolvia o problema – notadamente o da distinção, consagrada no direito positivo (e.g. Código Civil Brasileiro, artigos 2º e 45), no modo como adquirem *personalidade* as pessoas naturais e as pessoas jurídicas –, Kelsen declara que os direitos subjetivos, deveres e res-

ponsabilidades das pessoas jurídicas nada mais são do que os direitos subjetivos, deveres e responsabilidades dos seus componentes, pois as normas jurídicas somente regulam condutas humanas.

A diferença reside, então e exclusivamente, no modo de atuar da ordem jurídica, que confere direitos ou impõe deveres, individualmente, quando se trata das pessoas físicas e, institucionalmente, quando enfoca as pessoas jurídicas.

Por isso, Hans Kelsen declara, exemplificando, que a propriedade e o crédito de uma pessoa jurídica são, na verdade, propriedade e crédito coletivos de seus membros, os quais, todavia, só podem agir em conformidade com as regras jurídicas que regulam a vida do ente coletivo, o que equivale ao atuar da própria entidade, convertida, assim, em um ponto de imputação, pois todos os seus atos são praticados por indivíduos concretos, embora imputados a um sujeito fictício. Tomando como exemplo, outra vez, o nosso Código Civil, lemos em seu artigo 47, que obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.⁹⁶

5.4. Direito público e direito privado

Embora sem a contundência com que investiu contra os dualismos examinados anteriormente, Kelsen também combateu a diferença clássica entre direito público e direito privado, sobre a qual mais de uma centena de critérios já foram propostos, desde a clássica distinção que se encontra no Corpus Juris Civilis – “direito público é o que respeita à organização da coisa pública; privado, o concernente à utilidade dos particulares” –, até as concepções mais recentes, que não consubstanciam sequer uma opinião dominante sobre essa dicotomia.⁹⁷

96 Ver, também, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11/9/90) – Art. 28. *O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.* BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

97 *Corpus Juris Civilis*. Institutionum Juris. Liber Primus. Tít. I, De *Justitia, et Jure*, § 4. Tomus I, Aug. Taurinorum, Edid. Heredes Sebastiani Bottae, MDCCCXXXIX, p. 2: “*Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem*”. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. El problema de la clasificación de las ciencias. In: _____. *Introducción al estudio del derecho*. 4. ed. Mexico: Por-

94 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 126.

95 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 128.

Para o mestre de Viena, não há falar em distinção nítida entre as duas categorias normativas, pois todo direito constitui formulação da vontade do Estado, existindo, portanto, apenas um direito – o direito público.

Se oposição existe, esta é apenas relativa e intra-sistemática, afirma Kelsen, para quem “a Teoria Pura do Direito, que se coloca sempre em um ponto de vista universalista, e enfoca a ordem jurídica como um todo, pode sem paradoxo ver um ato do Estado tanto num contrato como na sentença de um magistrado, dado que ambos são atos criadores de direito imputáveis à unidade da ordem jurídica.”⁹⁸

Rejeitava Kelsen, dessa forma, a diferença que a doutrina clássica considerava absoluta, notadamente baseada na célebre distinção entre as índoles dos interesses protegidos, afirmando serem públicas as normas pertinentes ao interesse coletivo, e privados os preceitos atinentes ao interesse individual.

Querer qualificar juridicamente as normas de Direito com referência aos objetivos que elas pretendem alcançar – ironiza Kelsen –, equivaleria a pretender classificar os quadros de um museu de acordo com o seu preço.”⁹⁹

Realmente, não há por que se distinguir, dada a falta de interesse científico, dentro da ordem jurídica, entre normas de direito público e normas de direito privado. Se o ordenamento é um todo, se somente têm significado e aceitação jurídica as normas assim reconhecidas pelo corpo estatal, não há falar em dualidade normativa válida.

Do exposto, podemos dizer que o direito privado está para o direito público, assim como o direito subjetivo está para o direito objetivo, constituindo, juntos, a totalidade da ordem jurídica, o *Direito Positivo*, ou seja, aquele direito que é posto ou convalidado pelo Estado.

5.5. Direito e Estado

Como consequência essencial do purismo epistemológico kelseniano, temos igualmente a eliminação do dualismo Direito e Estado, defendido tanto pela dou-

rúa, 1951. p. 127-128.

98 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 182.

99 KELSEN, Hans. *Teoría general del estado*. México: Nacional, 1965. p. 106.

trina tradicional, como pelos juristas contemporâneos, para os quais é possível encontrar-se Direito Positivo fora do Estado ou até mesmo contra o Estado.¹⁰⁰

Essa concepção kelseniana, para usarmos as palavras de Miguel Reale, é a máxima expressão da estatalidade do Direito, fundindo Direito e Estado, de tal sorte que o Estado é o Direito (Direito Positivo) e o Direito é o Estado.¹⁰¹

Outra, aliás, não poderia ser a posição de Kelsen em face desse problema, por fidelidade à sua própria teoria, sempre oposta a toda e qualquer deformação ideológica do objeto da ciência jurídica.

Entendendo que a oposição Direito *versus* Estado tinha um sentido essencialmente ideológico, que negava a qualidade de Estado de Direito àqueles ordenamentos jurídicos criadores (do Direito), mas não submetidos à sua própria criatura (o Direito criado), Kelsen voltou-se contra mais esse dualismo, alcançando uma “perspectiva adífora que confere a condição de direito tanto ao direito liberal como ao soviético ou ao fascista.”¹⁰²

Isto não significa, entretanto, que o mestre de Viena considerasse como Estado todo tipo de ordem jurídica, independente da satisfação de certos requisitos mínimos, indispensáveis à configuração do corpo estatal, como, por exemplo, a existência de órgãos centralizados criadores e aplicadores das normas jurídicas.

Daí a sua exigência, para o reconhecimento de um Estado como tal, a superação daquela fase primitiva, pré-estatal de completa descentralização, em que as normas são produto da conduta individual dos sujeitos de direito, aos quais competia comprovar o ilícito e aplicar a respectiva sanção, em defesa de seus interesses lesados.

Nessa fase, a ordem jurídica vigente ainda não pode ser denominada de Estado e, por conseguinte, Direito e Estado não coincidem, já que inexistente um dos termos para essa igualação – precisamente o Estado.

100 REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 268. REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo: M. fontes, 1959. p. 246; TANUGI, Laurent Cohen. *Le droit sans l'État*. Paris: Quadrige, 1992; e SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: _____. *O Direito achado na rua*. 3. ed. Brasília: UnB, 1990, p.42-47.

101 REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 245.

102 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 180.

Posteriormente, entretanto, vencido esse estágio primitivo, estabelecidos os órgãos centrais encarregados da criação e aplicação das normas jurídicas, surge o Estado como ordem coativa da conduta humana, coincidindo com o próprio Direito e constituindo ambos – doravante unificados – um sistema normativo completo. Cronologicamente ou na ordem histórica, portanto, Direito e Estado são distintos, mas uma vez criado o Estado, como ordem jurídico-política centralizada, Direito e Estado se fundem e se confundem numa só e mesma realidade normativa.¹⁰³

Esse Estado, porém, para Kelsen “não é uma realidade natural; não é uma convivência ordenada em um território na unidade de um sistema de Direito, mas é o próprio sistema positivo das normas que deve ser posto como válido em virtude de uma norma hipotética, independentemente da capacidade e da conduta dos homens; é a “unidade da ordem jurídica, isto é, o próprio sistema do Direito Positivo visto como pessoa, como centro de imputabilidade total”.¹⁰⁴

Fundidos, assim, Estado e Direito, Kelsen nega possibilidade a qualquer conhecimento do Estado que não o identifique com o Direito, assim como descarta a forma *social* de conhecer o Estado, que só é *jurídica* porque *só pode ser conhecido juridicamente pelo jurista*.¹⁰⁵

Nota-se, neste ponto, a absoluta fidelidade de Hans Kelsen ao princípio neokantiano segundo o qual o objeto do conhecimento está imanente no método adotado, que constitui este mesmo objeto.

Com essa tomada de posição, lançava-se ele, fundamentalmente, contra Georg Jellinek, reconhecido por

ele como seu “inesquecível mestre”¹⁰⁶ e representante máximo da doutrina dualista, para a qual é possível uma dupla abordagem metodológica acerca do Estado – uma de caráter histórico-social, outra de natureza jurídica.¹⁰⁷

Tratava-se, ao ver do neokantiano Kelsen, de um absurdo epistemológico acreditar-se que dois métodos distintos pudessem produzir o mesmo objeto.

Daí a reação kelseniana, sustentando a tese de que se o Estado for objeto de conceituação *jurídica*, como Estado deve ser entendido somente aquilo que possa ser objeto dessa conceituação, ou seja, o Direito ou parte deste. É o que se lê nas duas transcrições a seguir.

Se o objeto de uma Teoria jurídica não pode ser outro senão o próprio Direito, o Estado não pode ser algo diverso do Direito para chegar a ser objeto de uma Teoria do Direito.¹⁰⁸

Não existe um conceito sociológico do Estado ao lado do conceito jurídico. O duplo conceito do Estado é logicamente impossível, entre outras razões porque não pode haver mais de um conceito para um mesmo objeto. Só há um conceito jurídico do Estado: o Estado como ordem jurídica centralizada.¹⁰⁹

Está patente, assim, a razão por que Miguel Reale, exaltando a coerência epistemológica do mestre de Viena, afirma que, no sistema kelseniano, tal como o Rei Midas, o jurista converte em Direito tudo o que tomba sob a ação de seus métodos.¹¹⁰

Eliminado o dualismo Estado/Direito, Kelsen declara que a Teoria Pura não deixara substituir nada de uma das mais poderosas ideologias destinadas a legitimar o Estado, o que, por outras palavras, equivale a negar a possibilidade dessa legitimação.¹¹¹

Isto, todavia, não implica afirmar a impossibilidade de todas as formas de legitimação, já que outras são perfeitamente aceitáveis, como a política ou a ética, que envolvem juízos de valor de caráter subjetivo.

A impossibilidade referida por Kelsen é somente

103 Sobre essa cronologia, não existe consenso, uns dizendo que o Estado precedeu o Direito, outros, que o Direito veio antes e deu forma jurídica ao Estado. Vejamos algumas dessas posições. DECU-GIS Henri. *Les étapes du droit*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1942. p. 9: “O direito sem a força, disse Ihering duramente, é uma palavra vazia de sentido. Mas essa força, sem a qual o direito não existe, não é necessariamente a força do Estado, como acreditaram equivocadamente [o mesmo] Ihering e outros juristas do século XIX. De fato, o direito surgiu bem antes do Estado. A força constritora que dá à regra seu caráter jurídico pode vir de uma coletividade, como a família ou a tribo primitiva, à qual não podemos chamar de Estado”; MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del estado*. México: UNAM, 2001. p.73: “O direito, enquanto instituição humana, é posterior ao Estado, quer dizer, nasce pelo poder do Estado já formado e, portanto, não pode aplicar-se à formação mesma do Estado.”

104 REALE Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 161.

105 REALE Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 161.

106 KELSEN, Hans. *Teoría general del estado*. México: Nacional, 1965 p. IX.

107 JELLINEK Georg. *Teoría General del Estado*. México: Continental, 1956. p. 35.

108 KELSEN, Hans. *Teoría general del estado*. México: Nacional, 1965. p. 8.

109 KELSEN, Hans. *Teoría general del estado*. México: Nacional, 1965. p. 224.

110 REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 245.

111 KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p.188.

a impossibilidade jurídica, porque a ciência do Direito não está em condições de justificar o Estado pelo Direito ou, o que vem a ser o mesmo, justificar o Direito pelo Estado”.¹¹²

Captado todo o sentido dessa afirmação de Kelsen, é de se louvar a coerência normativa com que ele sustenta a “pureza” da sua teoria nos distintos setores do saber jurídico, não deixando margem ao menor desvio no seu propósito de “construir uma ciência que tenha como único objeto o direito e ignore tudo o que não corresponda estritamente à sua definição.”¹¹³

6. A NORMA FUNDAMENTAL

Realizada a unificação Direito-Estado, deflui como consequência lógica, na Teoria Pura, a conclusão de que a ordem jurídica é uma pluralidade de normas, devendo, para sua unidade, repousar em uma norma única, em um único suporte ou fundamento, que dê validade, por igual, a todo o sistema, a todo o ordenamento e a cada uma das suas partes.

A idéia central da teoria do ordenamento – resume Machado Neto – é um conjunto das normas organizador de um sistema coerente, que a estrutura segundo sua maior ou menor generalidade até chegar às normas individualizadas. Dessa maneira a ordem jurídica constitui-se como uma estrutura hierárquica.¹¹⁴

Constatamos, desde logo, que essas normas estão relacionadas entre si – por fundamentação/derivação –, conforme raciocinemos no sentido ascendente ou descendente de uma hipotética pirâmide, que, integrada por múltiplos degraus normativos, constitui o chamado *ordenamento jurídico*.¹¹⁵

No primeiro caso, tomemos como exemplo uma sentença judicial válida, que autoriza a execução de certa obrigação. Se procurarmos o fundamento desse ato de coação estatal, verificaremos que ela repousa num

contrato entre as partes, o qual, por sua vez, foi firmado com base num preceito legal, que se originou da aplicação de uma norma constitucional, esta igualmente elaborada em conformidade com um postulado maior ou anterior.

Raciocinando de maneira inversa, ou seja, partindo do suporte constitucional, veremos que ocorrem derivações sucessivas, até atingirmos a mesma sentença executória daquela obrigação, decisão que sendo um ato individual de coação encerra o processo dessas derivações.

No primeiro exemplo, notamos que existe um processo de fundamentações sucessivas, pelo qual a norma inferior encontra seu fundamento na imediatamente superior, esta, em outra mais alta ainda, e assim por diante. Logicamente, há de chegar o instante em que a última norma positiva será positivamente a última, não sendo possível fundamentá-la em outro preceito de direito positivo, em outro dever ser jurídico. Então, à falta de um fundamento básico, todo o sistema desmoronaria, por não dispor de validade normativa.

Nesse momento, Hans Kelsen lança mão de um postulado gnosiológico do conhecimento jurídico, a chamada norma fundamental hipotética.

Explicando o conceito e a função dessa norma fundamental, Kelsen assinala o que se lê a seguir.

Ao recorrer à noção de norma fundamental, a Teoria Pura não deseja introduzir um método novo na ciência do direito, pois se limita a pôr em relevo uma operação que todo jurista realiza, não raro inconscientemente, quando depois de ter descartado o direito natural como fonte de validade do direito positivo, considera, não obstante, este direito positivo como uma ordem normativa válida, e não como um simples dado psicológico que consiste nas relações de motivação entre dois ou mais atos.¹¹⁶

Essa norma fundamental – à qual, de resto, Hans Kelsen atribuiu diversas denominações¹¹⁷ –, é a hipótese que permite à ciência jurídica considerar o direito como um sistema de normas válidas. Noutra dizer, é norma que constitui a unidade de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa; aquela norma que, pelo fato mesmo de situar-se na

112 KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 197.

113 KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 15.

114 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1974. p. 38.

115 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966. p. 246-247. p. 76: “Foi obra de Adolfo Merkel, depois continuada por Kelsen e completada por Cossio, a teoria da estrutura piramidal do ordenamento jurídico.”

116 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 139/140

117 GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 11-27.

base do ordenamento jurídico, há de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por nenhuma autoridade, a qual, se existisse e tivesse competência para editá-la, essa autoridade só disporia de tal prerrogativa em razão de uma outra norma de hierarquia ainda mais elevada, e assim sucessivamente; aquela norma, enfim, cuja validade não pode ser derivada de outra e cujo fundamento não pode ser posto em questão.¹¹⁸

Aceitando-se essa suposição, de que a norma fundamental é, intrinsecamente, válida, que não precisa buscar fundamentação em nenhuma outra norma anterior ou superior, poderemos considerar válidos todos os atos praticados como derivação dela, desde a promulgação de um preceito constitucional positivo, até a mais individualizada das normas, aquela sentença judicial que autoriza a execução de um contrato firmado entre as partes.

Embora reconhecendo que Hans Kelsen, com sua teoria da norma hipotética fundamental, procurou evitar duas orientações divergentes – recorrer a um princípio de direito natural para fundamentar a validade da ordem jurídica positiva, ou fundar a ordem jurídica sobre um puro fato psicológico, sociológico ou econômico –, Miguel Reale critica o que chamou de “ponto de impasse” da doutrina kelseniana.

Para o mestre paulista, Hans Kelsen, repelindo embora as duas soluções, mas não resolvendo o problema da fundamentação da ordem jurídica, está diante de duas soluções: ou reconhecer que os *atos* criam o ideal, os valores, ou reconhecer que é o Fim que o homem tem em vista que dá força normativa aos fatos.¹¹⁹

Dizendo que Kelsen admite serem as normas postas materialmente por um fato (por um ato revolucionário, por exemplo), mas que a sua juridicidade não resulta do fato em si, mas da norma fundamental que se supõe ligada a esse fato, Reale verbera o que entende ser um artifício de argumentação do mestre de Viena, mascarando a aceitação de um fundamento de fato, pela referência a *um fato só*, ao fato inicial constituinte de toda a ordem jurídica...¹²⁰ Nessa mesma linha crítica, Mario Losano afirma que a norma fundamental não é uma

norma em sentido kelseniano – uma norma jurídico-positiva –, o que, a seu ver, reduz a argumentação de Kelsen, no particular, a mero jogo de palavras, que não resolve o problema de fundo, porque se não é jurídica positiva, a norma fundamental é alguma coisa que o jurista aceita com base em sua avaliação de justiça ou de oportunidade, ou seja, com base numa escolha que, para Kelsen, é não-científica porquanto irracional, ou melhor, subjetiva.¹²¹

Deixando de lado o mérito dessas contestações, preferimos julgar a norma fundamental de Kelsen como condição transcendental – que ela o é – do conhecimento normativo do direito, pouco importando se ela corresponde ou não a uma realidade historicamente comprovável. Aliás, o próprio Kelsen, em obra póstuma, qualificou a sua norma fundamental como “verdadeira” ficção, em termos que vale a pena ler detalhadamente.

A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas [...] não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou “verdadeira” ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se [Hans Vaihinger. Die Philosophie des Als-Ob, 7. e 8. Aufl. Leipzig, 1922], que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma. Pois a suposição de uma norma fundamental – como porventura a norma fundamental de uma ordem moral religiosa: “Deve-se obedecer aos mandamentos de Deus, como determina a primeira Constituição” – não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma, porque descreve a conferição de poder a uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e, com isto, parte de uma autoridade com certeza apenas fictícia – que está mais acima dessa autoridade.

[...]

Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei –, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, [pela consciência] de que a ela não corresponde a realidade”.¹²²

118 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962. v. 2. p. 4.

119 REALE Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 170.

120 REALE Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 171.

121 LOSANO Mario G. Introdução. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2011. p. 20-38. p. 20.

122 KELSEN Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986. p. 328-329.

Mesmo ficta e hipotética, essa norma vale como elemento indispensável ao estudo positivista do direito. Abandoná-la seria aceitar o absurdo maior de fundamentar a validade da ordem jurídica sobre um suposto direito natural que, como vimos, socorre-se a todo instante do direito positivo, para fugir as suas próprias contradições, impossibilitado de responder ao *quid ius*.

Após conceituar a norma fundamental como hipótese necessária a todo estudo positivista do direito, Kelsen afirma que uma ordem jurídica para ser válida precisa que suas normas tenham sido criadas conforme à primeira Constituição, cujo caráter normativo repousa nessa norma fundamental.

Em seguida, declara que a ciência do direito exige certo grau de eficácia dessa mesma ordem jurídica, para reconhecê-la como tal, ou seja, que os fatos se processem, em certa medida, não necessariamente – pois isto seria causalidade ao invés de imputação –, mas de acordo com a ordem estabelecida.

Ao introduzir o requisito eficácia, Kelsen lançou mão de um elemento típico do Direito Internacional – a efetividade – que só reconhece validade às ordens jurídicas nacionais na medida da sua eficácia.

Ao estabelecer o princípio de que uma ordem jurídica para ser válida deve ter certo grau de eficácia – diz Kelsen – nos limitamos a formular uma norma do direito positivo que não pertence a essa ordem jurídica, e sim ao direito internacional.¹²³

Qual, então, o motivo desse procedimento kelseniano, fundindo as ordens jurídicas nacional e internacional? Precisamente, o propósito de conseguir a unificação do sistema jurídico universal, com o que a ciência do direito alcançaria a indispensável unidade do seu objeto.

Realmente, se verificarmos que o princípio da efetividade é uma regra do direito internacional, e que ele se constitui, também, ainda que em termos relativos, em norma fundamental das diversas ordens jurídicas nacionais, concluiremos que “o problema da norma fundamental converte-se na questão do fundamento último de uma ordem jurídica total, que compreende todas as ordens jurídicas nacionais.”¹²⁴

Onde, porém, buscar esse fundamento último e único da ordem jurídica total, que não é possível encontrar

nas ordens jurídicas parciais?

Kelsen responde, propondo que esse fundamento, que convalida todo o direito internacional, seja buscado no modo de proceder dos Estados.

A norma fundamental do direito internacional, que por via de consequência resulta ser também a das diversas ordens jurídicas nacionais subordinadas a esse direito, é uma norma que confere a qualidade de fato criador de normas jurídicas ao costume resultante da conduta recíproca dos Estados.¹²⁵

Com essa concepção colossal de uma única ordem jurídica, que se estenderia por todo o Universo, constituindo um Estado mundial, que ele mesmo reconhece ser teoricamente possível, embora praticamente improvável, Hans Kelsen coroa a sua obra, declarando que a Teoria Pura criou uma condição essencial para lograr a unidade política mundial, sem que isso contrarie o sentido da sua pureza.¹²⁶

7. A TEORIA PURA E O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Como sabemos, é da natureza do discurso jurídico expressar-se através de *normas*, ou seja, por meio de palavras/enunciados em que são definidas condutas que, em dado momento, certa comunidade considera positiva ou negativamente valiosas e, por isso, decide prescrever, vedar ou simplesmente permitir, garantindo a sua observância, se necessário, com a imposição de sanções *institucionalizadas*, porque as normas que as estabelecem são criadas por instituições e a sua aplicação também é levada a cabo por instituições.¹²⁷ Até mesmo as normas consuetudinárias – os costumes jurídicos – manifestam esta substancial dependência do direito em relação à linguagem, porque a *convicção da necessidade jurídica*, que é consubstancial à existência dessas espécies normativas, só adquire trânsito social quando é verbalizada sob a forma de um enunciado compreensível pelos membros de determinada comunidade, e vem a ser recepcionada/reconhecida *como regra de direito* por juízes e tribunais.¹²⁸

125 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 200.

126 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 204.

127 MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 21-24.

128 HENKEL, Heirich. *Derecho y lenguaje*. In: _____. *Introducción a la filosofía del derecho*. 7. ed. Madrid: Taurus, 1968, p. 85-104; LAR-

123 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 143.

124 KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 145.

No âmbito da experiência cognitiva do direito, a tomada de posição em face do problema *objeto do conhecimento versus conhecimento do objeto* não é exclusividade de nenhuma corrente da hermenêutica jurídica, em particular, eis que da Escola da Exegese à Doutrina do Direito Livre, passando pelo Realismo Jurídico norte-americano, não existe nenhuma corrente jusfilosófica de expressão que não tenha a “sua” resposta para essa questão. Se não vejamos: a) a Escola da Exegese, ao dizer que não existe Direito além ou fora da Lei, cabendo ao intérprete tão-somente “extrair” do texto a norma adequada; b) a doutrina do Direito Livre, ao rejeitar essa ideologia legalista e asseverar que a Lei não esgota o Direito, podendo, inclusive, entrar em conflito com ele, hipótese em que o julgador deverá decidir não apenas *extra legem*, mas até mesmo *contra legem*, se isso for necessário para dizer o que for de Direito; c) os adeptos do Realismo Jurídico, enfim, ao garantir que o Direito, em sua concreta existência, o Direito mesmo, não é senão aquilo que decidem os juízes e tribunais, o que significa dizer que – *realmente* – é o intérprete quem faz a Lei.

Subjacente a isso tudo – o ontológico condicionando o gnosiológico e por este sendo condicionado, à moda de círculo hermenêutico –, acham-se as diferentes respostas filosóficas para a questão radical sobre a essência do direito, a *juridicidade* como referente externo a nos remeter para o *nômeno* do direito, independentemente dos *fenômenos* em que ele se dá a conhecer.¹²⁹

Daí estas considerações de João Baptista Machado sobre a relação entre a essência e a aparência da “coisa direito”: os textos legais não determinam ou criam “autonomamente” o jurídico, a juridicidade, sendo, antes, já mera expressão ou tradução dessa juridicidade, a qual, por princípio, e como referente último, está para além deles, está *fora deles*; e desse referente, da sua “pré-compreensão”, tem o intérprete de partir necessariamente se pretende sequer entender esses textos como “jurídicos”, como portadores de um sentido jurídico.¹³⁰

ENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p.504.

129 BONNECASE, Julien. L'École de l'Exégèse en droit civil. Paris: E. De Boccard, 1924. p. 126-181; KANTOROWICZ, Hermann. La lucha por la ciencia del derecho. In: _____. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1942. p. 361-369; FICHES, Luís Recaséns. El movimiento del realismo jurídico norteamericano. In: *Panorama del pensamiento jurídico en el Siglo XX*. México: Porrúa, 1963. v. 2. p. 619-642.

130 MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989.p. 205-209.

Por outro lado, desprovidos de uma teoria do direito, que lhes dê sustentação e consistência na seleção dos métodos e princípios adequados à *compreensão* da realidade jurídica, os intérpretes/aplicadores – premidos pelos problemas a resolver e induzidos pela sua pré-compreensão –, acabam escolhendo os seus instrumentos de trabalho ao sabor de sentimentos e de intuições pessoais, o que, obviamente, não confere racionalidade a essas opções e acaba transmitindo aos cidadãos a ideia de que *dizer* o direito é, mesmo, algo aleatório ou puramente emocional.

Nesse ambiente de “licenciosidade metodológica”, a escolha de um ou de outro método de apreensão/achamento/realização do direito – literal, histórico, sistemático, teleológico etc. –, até certo ponto é uma decisão arbitrária, dependendo, de fato, do resultado a que o intérprete quer chegar.¹³¹ Afinal, sempre se poderá dizer, invocando o magistério de Zaccaria, que o *método* não pode explicar *a eleição do método*¹³², e pedindo ajuda ao Juiz Holmes, afirmar que é sempre possível se dar forma lógica a qualquer conclusão.¹³³

Como, enfim, toda teoria do direito, que se repute digna desse status, não pode elidir a questão crucial da compreensão, interpretação, aplicação, concretização, achamento, enfim, da *realização* do direito, até porque se trata de algo congênito à própria ideia de experiência jurídica, por tudo isso, a Teoria Pura do Direito também assumiu a “sua” posição em face desse problema, ainda que essa tomada de posição, visualizada na magnitude da obra de Kelsen, pareça ter sido tratada quase *en passant*, vale dizer, sem a mesma “intensidade” com que ele enfrentou outros temas e problemas do saber jurídico.

Mesmo assim, estudiosos contemporâneos de grande prestígio dizem que esse “descuido hermenêutico” de Hans Kelsen é só aparente, que a sua doutrina da interpretação apresenta singularidades e debilidades, podendo ser usada para subverter a própria concepção kelseniana da estrutura do ordenamento jurídico. Com efeito, se a validade das normas emanadas de tribunais

131 Alguns doutrinadores afirmam que todo juiz – levado pela sua pré-compreensão do justo na causa a decidir –, sentença antes e, só depois, trabalhando “para trás”, sai em busca de fundamentos que sustentem as suas decisões. Ver, Frank, Jerome New. *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara, 2001. p. 92.

132 ZACCARIA, Giuseppe. *Razão jurídica e interpretação*. Madrid: Thomson, 2004. p. 337.

133 HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975. p. 29-30.

supremos – *e.g.* as cortes constitucionais – não deriva de nenhuma norma sobreposta a eles, mas do fato de que esses tribunais estão situados fora e acima da tradicional tripartição dos poderes, então o que se encontra no vértice da metafórica pirâmide, com que se descreve a estrutura dos ordenamentos jurídicos, não é nenhuma norma fundamental hipotética, mas essas decisões mesmas, de resto dotadas de eficácia erga omnes e efeito vinculante.¹³⁴

Pois bem, voltando ao tema da interpretação na Teoria Pura do Direito, Kelsen afirmou que a decisão judicial – aquela que *realiza* o direito –, é essencialmente um ato de *vontade*, não de conhecimento, embora se produza no marco de uma norma previamente dada a conhecer ao intérprete/aplicador do direito. São do mestre de Viena as asserções transcritas a seguir, as quais, de resto, deixam embaraçados todos quantos, numa visão reducionista do pensamento de Kelsen, consideram essa postura hermenêutica – no que abre espaço para a vontade do intérprete –, incompatível com o rigor lógico-formal da Teoria Pura do Direito. Noutro dizer, esses críticos acreditam, romanticamente, compreender Kelsen melhor do que ele compreendeu a si mesmo¹³⁵, nisso olvidando a advertência de Emilio Betti, por exemplo, para quem o objeto da interpretação não é a *vontade* como tal, mas sempre e apenas a forma na qual essa vontade se concretizou, aquilo que se fez ou que se disse, o *feito* ou o *falado*.¹³⁶

Para evitarmos mal entendidos e nos mantermos fieis à genuína função hermenêutica¹³⁷, deixemos que os textos falem por si mesmos, textos que, significativamente, o próprio Kelsen encimou com o título *A interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade*.¹³⁸

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência

tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.

[...]

A ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma autoilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação.

[...]

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.

[...]

Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

[...]

Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.¹³⁹

Em face dessas colocações, parece não restar dúvida de que o “positivista”, o “formalista”, o “rigoroso”, o “purista”, enfim, o ultra “dogmático” e tão criticado Hans Kelsen, se teoricamente pretendeu excluir fatos e valores da atividade do intérprete/aplicador do direito *qua tale*, em verdade só o fez aparentemente, porque, mais do que ninguém, ele sabia que esses fatores, sendo imanescentes à experiência jurídica, se forem expulsos pela porta dos ordenamentos – concebidos, abstratamente, como *sistemas fechados* –, a eles retornarão pelas janelas, as quais hão de permanecer necessariamente abertas, para que nelas penetre o sopro vivificador da realidade, em constante transformação. E tais janelas, se nos for permitida essa qualificação, são os “princípios” da Moral, da Política ou do Costume, que o próprio Kelsen reconhece poderem influenciar a produção de normas jurídicas – gerais e individuais – pelas autoridades a tanto legitimadas, como se lê nas passagens a seguir.

134 TROPER, Michel. *Por una teoria jurídica del estado*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 63-72.

135 GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70. 1998. p. 64-65; GADAMER, Hans-Georg *Hermenêutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Madrid: Trotta, 2004. p. 13.

136 BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. XXXVIII.

137 SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Herménétique*. Lille: Presses Universitaires, 1989. p. 122-123.

138 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962. v. 2. p. 292.

139 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962. v. 2. p. 283-298.

A decisão judicial de um caso concreto, a qual não é a aplicação de uma norma jurídica geral, materialmente definida, que já esteja em vigor, pode ser influenciada por um princípio da Moral, Política ou Costume, que ainda não influenciou até agora, de nenhum modo, a produção do Direito. A norma individual que representa semelhante decisão judicial pode entrar em vigor em virtude do princípio jurídico-positivo-formal da coisa julgada.¹⁴⁰

Quando uma norma superior é criada com base em uma norma superior e no marco fixado por ela, quer se trate de uma lei fundada na Constituição ou de uma decisão judicial fundada em uma lei, torna-se claro que o órgão criador da norma inferior não só leva em conta a norma superior, como também outras normas não jurídicas relativas à moral, à justiça ou o que se denomina “bem público”, “interesse do Estado”, “progresso”.¹⁴¹

É precisamente esse “levar em conta” normas não jurídicas, transformando-as em jurídicas no ato de criação do direito – sob a forma de lei ou decisão judicial – que evidencia, a nosso ver, o quanto Hans Kelsen – “o jurista por antonomásia” – mesmo empenhado na “purificação” da ciência jurídica, sempre teve presente o papel da realidade da vida do direito, tanto que, para surpresa dos críticos do seu formalismo jurídico, asseverou que não se pode negar que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua *validade* quando deixa de ser *eficaz*.¹⁴² Afinal, se dos fatos nasce o direito, em razão deles o direito também deixa de existir.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os juristas do século XX, que, mercê da Teoria Pura do Direito, superaram o complexo de inferioridade epistemológica da Jurisprudência em face das ciências naturais, padecem, agora, de uma espécie de *desorientação ontognoseológica*, já não sabendo ao certo qual é o objeto de suas investigações, tantas e tamanhas são as esquisitices que se entredizem acerca do que é ou deve ser tido como direito.

140 KELSEN Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986. p. 146.

141 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962. v. 2. p. 170-171.

142 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962. v. 2. p. 40-42.

Ironicamente, embora por caminho diverso, retornam àquilo que os adversários de Kelsen mais criticaram no seu pensamento, a célebre afirmação de que “todo e qualquer conteúdo pode ser direito”. Apenas com uma só e grave diferença: os que hoje se autodenominam *positivistas* adotam essa mesma tese – positivista a mais não poder –, embora não saibam que o fazem, nem muito menos por que o fazem. Qualquer semelhança com Monsieur Jourdain é mera coincidência...

Nesse panorama desconcertante e desolador, talvez seja preciso voltar-se a Kelsen, para extrair dele o que for necessário e – *dialeticamente* – formular uma nova teoria jurídica, uma teoria “repurificadora” do direito.¹⁴³

REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, Enrique R. *Apresentação*. In: KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 7-11.

AFTALIÓN, Enrique R. *Crítica del saber de los juristas*. La Plata: Arayú, 1951.

AFTALIÓN, Enrique R; GARCÍA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: El Ateneo, 1960.

BACHELARD, Gaston. *A Epistemologia*. Lisboa: Edições 70, 1984.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: M. Fontes, 2007.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 172.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: UNESP, 2008.

BONNECASE, Julien. *L'École de l'Exégèse en droit civil*. Paris: E. De Boccard, 1924.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Di-

143 Sobre esse processo/procedimento dialético, ver POPPER, Karl. Que é a dialética. In: _____. *Conjecturas e refutações*. Brasília: UnB, 1972. p. 345, Nota 5, criticando a visão alargada de Hegel: “Na terminologia de Hegel, tanto a tese quanto a antítese são reduzidas, pela síntese, a componentes, e portanto canceladas (negadas, anuladas, afastadas); ao mesmo tempo, são preservadas (guardadas) e elevadas (a um nível superior). Hegel aproveita a ambiguidade da palavra alemã ‘Aufgehoben’, empregando-a no sentido de *reduzida a componentes, cancelada, preservada e elevada*.”

- ponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASSIRER, Ernst. *Las ciencias de la cultura*. México: Fondo de Cultura Económica, 1982
- COMPREENSÃO. In: MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofía*. Madrid: Alianza, 1986. v. 1. p. 545-548
- DECUGIS Henri. *Les étapes du droit*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1942.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Ar. Amado, 1959. v. 2.
- DERNBURG, Eduardo J. Couture. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: J. Konfino, [200?].
- DÍAZ, Elías. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1982.
- DILTHEY, Wilhelm. *Origens da Hermenêutica*._____. Textos de Hermenêutica. Lisboa: Res, 1984. p. 149-189.
- DILTHEY, Wilhelm. *Crítica de la razón histórica*. Barcelona: Península, 1986.
- DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias de espíritu*. Madrid: Revista de Occidente, 1956.
- EBENSTEIN, William. *The pure theory of law*. New York: A. M. Kelley, 1969.
- EXPLICAÇÃO. In: MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofía*. Madrid: Alianza, 1986. v. 2. p. 1102-1104.
- FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.
- FEINMANN, José Pablo. *La filosofía y el barro de la historia*. Buenos Aires: Planeta, 2009.
- FEINMANN, José Pablo. *Que es la filosofía?* Buenos Aires: Prometeo Libros, 2006.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional Europea ante el siglo XXI*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- FICHES, Luís Recaséns. El movimiento del realismo jurídico norteamericano. In: *Panorama del pensamiento jurídico en el Siglo XX*. México: Porrúa, 1963. v. 2. p. 619-642.
- FRANK, Jerome New. *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg *Hermenéutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Madrid: Trotta, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70. 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. *Herança e futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70. 1998. p. 64-65;
- GADAMER, Hans-Georg *Hermenéutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Madrid: Trotta, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes. 1997. v. 1.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. El problema de la clasificación de las ciencias. In: _____. *Introducción al estudio del derecho*. 4. ed. Mexico: Porrúa, 1951
- HEGEL, Georg Wilíelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- HENKEL, Heirich. *Derecho y lenguaje*. In: _____. *Introducción a la filosofía del derecho*. 7. ed. Madrid: Taurus, 1968. p. 85-104.
- HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.
- JELLINEK Georg. *Teoría General del Estado*. México: Continental, 1956.
- KALINOWSK, Georges I. *Querelle de la science normative*. Paris: L.G.D.J., 1969.
- KANTOROWICZ, Hermann. La lucha por la ciencia del derecho. In: _____. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1942. p. 361-369.
- KELSEN Hans. Los juicios de valor en la ciencia del derecho. In: _____. *La idea del derecho natural y otros Ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 239-265.
- KELSEN Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.
- KELSEN Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: M. Fontes, 1990. p. 38-40.
- KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960.
- KELSEN, Hans. *Contribuciones a la teoría pura del derecho*.

- Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969. p. 122-123.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución. In: _____. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 53-97.
- KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946.
- KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho y la jurisprudência analítica. In: _____. *La idea del derecho natural y otros Ensayos*. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 202-234. p. 218.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del estado*. México: Nacional, 1965.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962. v. 1.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962. v. 2.
- KUNZ, Josef L. *La teoría pura del derecho*. México: Universitaria, 1948.
- LAKS, André; NESCHKE, Ada (Ed.). *La naissance du paradigme herméneutique*. Lille: Universitaires de Lille, 1990.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Horizontes del pensamiento jurídico*. Barcelona: Bosch, 1947.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Kelsen: estudio crítico de la teoría pura del derecho y del estado de la Escuela de Viena*. Barcelona: Bosch, 1933.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Kelsen: estudio crítico de la teoría pura del derecho y del estado de la Escuela de Viena*. Barcelona: Bosch, 1933.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *O problema da ciência do direito*. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p. 13.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Fundamentación epológica de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1974..
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1960..
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1963.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966.
- MACHADO NETO, Zahidé (Org.). *O Direito e a Vida Social*. São Paulo: Nacional, 1966.
- MACHADO, João B. Nota Preliminar. In: KELSEN, Hans. *A Justiça e o direito natural*. Coimbra: A. Amado, 1963.
- MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989.
- MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del estado*. México: UNAM, 2001.
- MARCOU, Jean. *Justice constitutionnelle et systèmes politiques*. Grenoble: Universitaires de Grenoble, 1997.
- MONDOLFO, Rodolfo. *Problemas e métodos de investigação na história da filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, [1969].
- MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- MORÓN AROYO, Ciriaco. Creencia y vigência In: _____. *El sistema de Ortega y Gasset*. Madrid: Romania, 1968. p. 275-279.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_ho_mem_cidadao.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016.
- POPPER, Karl. Que é a dialética. In: _____. *Conjecturas e refutações*. Brasília: UnB, 1972. p. inicial-final
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *O que é a propriedade?* Lisboa: Estampa, 1971. p. 241.
- REALE Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 170.
- REALE, Miguel. As ciências da realidade jurídica. In: _____. *Filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 609-614.
- REALE, Miguel. Fundamentos da teoria tridimensional do direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 10, n. 4, p. 455-470, out./nov. 1960.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo:

- M. Fontes, 1959.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RICOEUR, Paul. Explicar e compreender. In: _____. *Do texto à ação: ensaios de hermenêutica*. Porto: Rés, [198?], p. 163-183;
- RICOEUR, Paul. Interpretação e/ou argumentação. In: _____. *O Justo: ou a essência da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2008. v. 1. p. 153-173;
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: _____. *O Direito achado na rua*. 3. ed. Brasília: UnB, 1990. p.42-47.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Herméneutique*. Lille: Presses Universitaires, 1989.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst: *Hermenêutica*. 9. Ed. Petrópolis: Vozes, 2012..
- SCHÖKEL, Luis Alonso; BRAVO, José María. *Apuntes de hermenêutica*. Madrid: Trotta, 1994..
- SICHES, Luis Recaséns. La experiencia jurídica. *Dianoia*, v. 11, n. 11, p. 18–39, 1965.
- SICHES, Luís Recaséns. La obra de Hans Kelsen: su teoría pura del derecho y del Estado; y su relativismo axiológico. In: _____. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. México: Porrúa, 1963. v. 1. p. 137-222.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOLER, Sebastin. *La interpretación de la Ley*. Barcelona: Ariel, 1962.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*. Paris: Flammarion, 1997
- TANUGI, Laurent Cohen. *Le droit sans l'État*. Paris: Quadrige, 1992.
- TROPER, Michel. *Por una teoría jurídica del estado*. Madrid: Dykinso, 2001.
- VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- VILANOVA, Lourival. Teoria da norma fundamental: comentários à margem de Kelsen. Separata: *Anuário do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, n. 7, jan./dez. 1976.
- VIOLA, Oscar Luis. *Contra Kelsen: revisión crítica de la teoría pura - purísima - del derecho*, de Hans Kelsen. Buenos Aires: Astrea, 1975.
- VON KIRCHMANN. Julius Hermann. El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho. In: _____. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 247-286.
- ZACCARIA, Giuseppe. *Razão jurídica e interpretação*. Madrid: Thomson, 2004.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.